Zeitschrift

für

die deutsche Gesetzgebung

und für

einheitliches deutsches Recht.

Herausgegeben

von

Dr. J. Fr. Behrend,
Professor der Rechte.

VI. Band.

Berlin.
Verlag von J. Guttentag.
(D. Collin.)
1872.

Inhalt.

Abhandlungen.

Rechtssprüche.

Literatur.

Bibliographie.

Miscellen.

Abhandlungen.

I.

Zur Prozeßordnung.

Von Herrn Appellationsgerichtsrath v. Kräwel in Naumburg.

I.

Das gerichtliche Zustellungsverfahren nach dem Entwurfe einer deutschen Civilprozeßordnung vom Jahre 1871.

Bereits in dem Jahrgange 1867 dieser Zeitschrift habe ich S. 362 fg. das Zustellungsverfahren, wie es sich nach dem preußischen Entwurfe von 1864 und dem von der Kommission in Hannover ausgearbeiteten Entwurfe von 1866 gestaltete, eingehend besprochen.

Beide Entwürfe wurden aber durch den Entwurf einer Civil-Prozeßordnung für die Staaten des norddeutschen Bundes vom Jahre 1869 beseitigt. Indeß hat dieser Entwurf nicht die Billigung der Regierung gefunden, vielmehr ist nun noch ein vierter Entwurf ausgearbeitet, welcher wieder einer Kommission unterbreitet werden soll. Ob freilich dieser von der Kommission auszuarbeitende fünfte Entwurf den Beifall der Regierung finden, und ob ihn der Bundesrath genehmigen wird, das ist fraglich. Man sieht, wie viele Stadien das Werk bereits durchlaufen hat, ohne daß es dem Ziele wesentlich näher gekommen ist.

Indem wir nun einen kleinen, aber in sich ziemlich abgeschlossenen Theil des Verfahrens unserer Betrachtung unterziehen, nehmen wir zugleich das Wesen der Wandlungen wahr, welche die vier Entwürfe bisher durchgemacht haben.

Zwar äußert die große Tagesfrage der „Mündlichkeit" keinen besonderen Einfluß auf das Zustellungsverfahren. Doch werden wir auch hier sehen, wie der preußische Entwurf von 1864 im Wesent-

lichen nur die französischen Vorschriften wieder gibt. Der hannöverische Entwurf macht dem deutschrechtlichen Prozeßverfahren in dieser Lehre nur geringe Zugeständnisse. Dagegen nähert sich der norddeutsche Entwurf von 1869 in erheblichen Punkten dem deutschen Prozeß. Er hat Einrichtungen aufgenommen, welche sich bei uns, im altpreußischen Prozeßverfahren bewährt haben.

Im Entwurfe von 1871 sind diese Einrichtungen aber wieder verschwunden. Alles ist im Wesentlichen französisch.

Es erinnert dies an die Geschichte unseres nun glücklich beseitigten Strafgesetzbuchs vom Jahre 1851. Demselben gingen auch zahlreiche Entwürfe, nämlich von den Jahren 1827, 1830, 1833, 1836, 1843, 1845 und 1847 voraus. Der zuletzt gedachte Entwurf wurde in 33 Sitzungen von dem vereinigten ständischen Ausschusse berathen. Derselbe hielt bei seinen Beschlüssen fest an den Grundsätzen des deutschen Strafrechts. Der im Jahre 1851 den Kammern zur Berathung vorgelegte Entwurf enthielt aber ganz neue französische Elemente,[1]) welche glücklich durch die Kammern gingen. Deren Härte hat aber Viele unglücklich gemacht. Die Wissenschaft klagte. Dies Gesetzbuch hat dennoch 20 Jahre gegolten. Man versuchte durch wiederholte Novellen diesen französischen Härten die Spitze abzubrechen, aber man schaffte die französischen Elemente nicht fort, so halfen auch die Novellen nur wenig. Erst das neue deutsche Strafgesetzbuch hat diese französischen, dem deutschen Rechtsbewußtsein widerstrebenden Elemente beseitigt.

Was nun zunächst die Bestimmungen des neuesten Entwurfs über die Zustellung der vom Gericht getroffenen Entscheidungen angeht, so lautete der preußische Entwurf von 1864 in Uebereinstimmung mit dem französischen Prozesse:

§. 245.

Die Partei, auf deren Gesuch ein Beschluß des Gerichts oder eine Verfügung des Vorsitzenden oder eines einzelnen Richters erlassen ist, wird von demselben nicht von Amtswegen mittelst Zustellung oder in anderer Art in Kenntniß gesetzt, insofern nicht das Gesetz ein Anderes bestimmt. Die Partei ist nur befugt, auf der Gerichtsschreiberei von dem Beschlusse oder der Verfügung Kenntniß zu nehmen und sich eine Ausfertigung oder

---

[1]) Vergleiche hierüber meine in Goltammer's Archiv Bd. 1, S. 461 und Bd. 16, S. 161 fg. abgedruckten Aufsätze über die französischen Elemente im preußischen Strafgesetzbuche und über die Härten des preußischen Strafgesetzbuchs.

Abschrift ertheilen, oder in den betreffenden Fällen die Urschrift sich aushändigen zu lassen.

Der §. 155 des hannöverischen Entwurfs ändert dies insoweit ab, als der letzte Absatz dieses Paragraphen bestimmt:

> Das Gericht kann die Behändigung von Verfügungen, welche es von Amtswegen erläßt, durch Vermittelung des Gerichtsschreibers anordnen. Auf demselben Wege hat es für die Behändigung der erlassenen Straf- und Disciplinarverfügungen zu sorgen.

Bei der Berathung des norddeutschen Entwurfs wurde aber die Zweckmäßigkeit dieses französischen Verfahrens bestritten. Nach S. 285 der Protokolle beanstandete man das Prinzip des sogenannten Ausnehmens als zu schwerfällig. Man könne bei den zur mündlichen Verkündigung gelangenden Verfügungen von der Insinuation ganz absehen. Für die nicht zu publizirenden Verfügungen wurde mehrfach die Zustellung von Amtswegen durch Vermittelung der Gerichtsschreiberei empfohlen, da das Gegentheil für die Anwälte lästig sei.

Die Kommission beschloß demnächst:

a. die in der Sitzung zu verkündenden gerichtlichen Verfügungen, gleichviel, ob die Parteien bei der Verkündigung zugegen gewesen oder nicht, nicht von Amtswegen behändigen zu lassen, sondern bezüglich derselben den §. 245 des preußischen Entwurfs aufzunehmen;

b. die nicht zu publizirenden Verfügungen von Amtswegen den Parteien behändigen zu lassen (vorausgesetzt, daß diese Behändigung überhaupt gesetzliche Bedeutung habe), und zwar ohne Unterschied, ob die Partei davon bereits Kenntniß erhalten habe oder nicht.

Nun beginnt aber der erste Paragraph des im norddeutschen Entwurf von der Zustellung handelnden Titels:

§. 235.

> Die Zustellungen erfolgen auf Betreiben der Parteien, so weit nicht dieses Gesetzbuch ein Anderes bestimmt.

Natürlich fragt der Richter, der das Gesetz anwenden soll, wo finde ich diese Bestimmungen. Das Gesetz läßt ihn rathlos. Es ist eine üble Sache, wenn der Gesetzgeber dem Richter ein Gesetzbuch in die Hand giebt, in welchem gesagt ist: so weit dies Gesetzbuch nichts Anderes bestimmt, ohne durch Hinzufügung der betreffenden Paragraphen anzudeuten, wo diese Ausnahmen von der Regel zu finden

sind. Man sollte sich das sächsische bürgerliche Gesetzbuch zum Vorbilde nehmen, in welchem überall die betreffenden Stellen sorgfältig angegeben sind.

Im vorliegenden Falle gelang es mir erst nach langem Suchen, im norddeutschen Entwurfe den §. 357 zu entdecken, welcher in einem ganz anderen, nach seiner Ueberschrift von den Urtheilen, Beschlüssen und Verfügungen handelnden Titel steht, und welcher lautet:

> Die in berathender Sitzung erlassenen Entscheidungen, sowie die bei der betreffenden Verhandlung nicht verkündigten Verfügungen des Vorsitzenden und eines beauftragten oder ersuchten Richters sind zuzustellen, ohne daß es eines Betreibens durch die Parteien bedarf.

Dieser Entwurf hat es also mit Ausnahme der in der Sitzung verkündeten Beschlüsse bei dem deutschen Verfahren belassen. Fragen wir nun, welchem System hat sich der neueste Entwurf von 1871 angeschlossen, so ist diese Frage nicht so leicht zu beantworten. Der dem §. 155 des hannöverischen Entwurfs entsprechende erste Paragraph des im neuesten Entwurfe von den Zustellungen handelnden Titels lautet:

> Die Zustellungen erfolgen durch den Gerichtsvollzieher.
>
> In Anwaltsprozessen ist der Gerichtsvollzieher unmittelbar zu beauftragen, in anderen Prozessen nach der Wahl der Partei entweder unmittelbar oder unter Vermittelung des Gerichtsschreibers des Prozeßgerichts.

Man hat also den wichtigen, im §. 235 des norddeutschen Entwurfs ausgesprochenen Satz, daß alle Zustellungen der Regel nach nicht von Amtswegen erfolgen, ganz fortgelassen, während er sich doch keineswegs von selbst versteht, und dem deutschen Prozesse ganz fremd ist.

Ob und welche Entscheidungen des Gerichts den Parteien zuzustellen sind? das sagt auch der von den Zustellungen handelnde Titel des neuen Entwurfs nicht. Wo soll man nun diese Vorschrift suchen? Für den Titel des norddeutschen Entwurfs, in welchem sich die betreffende Stelle im §. 357 findet, ließ sich wenigstens anführen, daß dieser Titel nach seiner Ueberschrift von den Urtheilen, Beschlüssen und Verfügungen handelt. Im neuesten Entwurf ist aber dieser Titel überschrieben: Von dem Urtheil. Wer wird also in diesem Titel die Beantwortung der aufgeworfenen Frage suchen, ob die Beschlüsse und Verfügungen den Parteien von Amtswegen zuzustellen sind.

Auch diesem Entwurfe fehlen, wie den drei früheren Entwürfen, Marginalien. Man muß deshalb, wenn man eine Bestimmung

sucht, die Paragraphen der betreffenden Titel ganz durchlesen, um sich von deren ungefährem Inhalt Kenntniß zu verschaffen.

Ich komme hierauf zum Schlusse noch einmal zurück.

Erst nach langem zeitraubenden Suchen ist es mir gelungen, im neuesten Entwurfe in dem doch nur vom Urtheil handelnden Titel den §. 269 zu entdecken, welcher im 2. Absatze bestimmt:

> Die auf Grund einer mündlichen Verhandlung ergehenden Beschlüsse des Gerichts müssen verkündet werden. Nicht verkündete Beschlüsse des Gerichts und nicht verkündete Verfügungen des Vorsitzenden und eines beauftragten oder ersuchten Richters sind den Parteien von Amtswegen zuzustellen.

Zur Deutlichkeit, und um dem vorzubeugen, daß die an das deutsche Prozeßverfahren gewöhnten Richter nicht glauben, daß, wie bisher, die Sorge für die Zufertigung der Beschlüsse zum richterlichen Amte gehört, dürfte im Gesetze auch noch zu sagen sein, daß dem Gerichtsschreiber die Besorgung der von Amtswegen erfolgenden Zustellungen obliegt. Sonach dürfte in dem von den Zustellungen handelnden Titel des norddeutschen Entwurfs noch als erster Paragraph einzuschieben sein:

> Alle Zustellungen erfolgen der Regel nach auf Betreiben der Parteien und nicht von Amtswegen.
>
> Die Ausnahmen von dieser Regel enthalten die §§. 315, 419 u. s. w. Auch hat der Gerichtsschreiber die nicht verkündeten Beschlüsse des Gerichts, sowie die nicht verkündeten Verfügungen des Vorsitzenden und eines beauftragten oder ersuchten Richters den Parteien von Amtswegen zustellen zu lassen.

Was ferner die Zustellung

an Personen, welche nicht im Bezirke des Prozeßgerichts wohnen,

angeht, so verpflichtete §. 152 bis 154 des preußischen und §. 157 des hannöverischen Entwurfs diese Personen in französischer Weise dazu, daß sie einen am Orte des Gerichts wohnhaften Dritten als Zustellungsbevollmächtigten ernennen.

Nach S. 322 der Protokolle wurde aber bei der Berathung des norddeutschen Entwurfs die Verpflichtung zur Bestellung eines Zustellungsbevollmächtigten von mehreren Seiten bekämpft. Auch in anderen als Anwaltsprozessen — auf welche ersteren der Referent[2]) die

[2]) Es war dies der jetzige Präsident des Oberhandelsgerichts, welcher vielfach die Anregung dazu gegeben hat, daß Vorschriften des deutschen und preuß. Prozeßverfahrens in dem norddeutschen Entwurfe zur Geltung gebracht wurden.

Bestimmung zu beschränken beantragte, — sei mindestens für Inländer zu einem derartigen Zwange kein Bedürfniß, welcher für die wirkliche Mittheilung an die Machtgeber nur geringe Sicherheit gewähre. Werde die Insinuation durch die Post beibehalten, welche letztere schon jetzt da, wo ähnliche Vorschriften gälten, häufig zum Zustellungsmandatar bestellt werde, so könne der obligatorische Theil der Bestimmung um so eher entbehrt werden. Selbst für Ausländer — machte der Referent geltend — sei eine so allgemeine Verpflichtung bedenklich. Es werde sich eher empfehlen, für die Behändigung an diese anderweite Erleichterungen eintreten zu lassen. Ein Mitglied wollte gerade beim Anwaltsprozesse in Konsequenz des Mündlichkeitsprinzips und des Anwaltszwanges die Verpflichtung, für andere Prozesse dagegen nur die Berechtigung zur Wahl eines Wohnsitzes im Gerichtsbezirke, resp. Bestellung eines Zustellungsbevollmächtigten ausgesprochen wissen, während von anderer Seite Streichung des §. 157, als entbehrlich, beantragt wurde.

Die Kommission erklärte sich jedoch mit Stimmenmehrheit, unter Ablehnung des letztgedachten Antrages, für die Aufnahme des §. 157 des hannöverischen Entwurfs mit einer Modifikation dahin:

> daß in anderen als Anwaltsprozessen in dem vorausgesetzten Falle das Gericht befugt sei, der Partei auf den Antrag der Gegenpartei oder von Amtswegen aufzugeben, eine in dem Bezirke des Prozeßgerichts wohnhafte Person zum Zustellungsbevollmächtigten zu bestellen; daß dagegen, wenn eine solche Auflage nicht erfolge, die Partei zu jener Bestellung nur berechtigt sei.

Die entsprechenden Bestimmungen des norddeutschen Entwurfs von 1869 lauten:

§. 240.

> Wenn eine Partei weder am Orte des Prozeßgerichts noch innerhalb des Amtsprozeßgerichts, in welchem das Prozeßgericht seinen Sitz hat, wohnt, auch einen in diesem Orte oder Bezirke wohnhaften Prozeßbevollmächtigten nicht bestellt hat, so kann in anderen als Anwaltsprozessen auch von Amtswegen angeordnet werden, daß jene Partei einen daselbst wohnenden Zustellungsbevollmächtigten zu bestellen habe. Wohnt die Partei im Auslande, so ist auf Antrag des Gegners die Bestellung eines Zustellungsbevollmächtigten anzuordnen.
>
> Die Entscheidung über Bestellung eines Zustellungsbevollmäch-

tigten kann in berathender Sitzung erfolgen. Eine Anfechtung der Entscheidung findet nicht statt.

§. 241.

Der nach §. 240 zu bestellende Zustellungsbevollmächtigte ist bei der nächsten gerichtlichen Verhandlung oder, wenn die Partei vorher dem Gegner einen Schriftsatz zustellen läßt, in diesem zu benennen. Geschieht dies nicht, so können alle späteren Zustellungen bis zur nachträglichen Benennung in der Art bewirkt werden, daß das zuzustellende Schriftstück unter der Adresse der Partei nach ihrem Wohnorte oder Aufenthaltsorte zur Post gegeben wird. Die Zustellung wird mit der Aufgabe zur Post als bewirkt angesehen, selbst wenn die Sendung als unbestellbar zurückkommt.

Der norddeutsche Entwurf hat also doch wenigstens für die Prozesse, in denen die Parteien ihre Rechte selbst wahrnehmen können, die Härte des französischen Verfahrens, welches sie zwingt, besondere Zustellungsbevollmächtigte zu ernennen, beseitigt.

Indeß ist gegen die Fassung des §. 240 zu erinnern, daß er es ungewiß läßt, wie es in den Anwaltsprozessen gehalten werden soll: ob in diesen ein Zwang zur Benennung eines Zustellungsbevollmächtigten besteht oder nicht.

Dagegen läßt der entsprechende §. 152 des neuesten Entwurfs an Deutlichkeit nichts zu wünschen übrig. Er lautet:

Wohnt eine Partei weder am Orte des Prozeßgerichts, noch innerhalb des Amtsgerichtsbezirkes, in welchem das Prozeßgericht seinen Sitz hat, so ist dieselbe verpflichtet, falls sie nicht einen in diesem Orte oder Bezirke wohnhaften Prozeßbevollmächtigten hat, eine daselbst wohnhafte Person zum Empfang der für sie bestimmten Schriftstücke zu bevollmächtigen.

Der folgende §. 153 entspricht ganz dem §. 241 des norddeutschen Entwurfs. Der neueste Entwurf beseitigt also wieder die Ausnahme, welche der norddeutsche Entwurf zu Gunsten derjenigen Prozesse gemacht hat, in welchen die Parteien nicht gezwungen sind, sich durch einen Anwalt vertreten zu lassen, und stellt den französischen unbedingten Zwang wieder her.

Was nun im Allgemeinen diesen Zwang der Parteien, einen Zustellungsbevollmächtigten zu ernennen, angeht, so habe ich bereits in meinem früheren Aufsatz S. 365 fg. die Gründe gegen die Einführung dieser schwerfälligen Einrichtung in den Deutschen Prozeß angegeben.

Sie sind aber bisher ohne Erfolg gewesen. Deshalb erscheint eine eingehendere Besprechung nöthig.

Fragt man zunächst, welchen Zweck will man denn eigentlich durch die Hineinziehung eines solchen Dritten in den Prozeß erreichen, und welchen Nutzen gewährt ein solcher Zustellungsbevollmächtigter, so kann es doch nur der sein, daß man demjenigen, welcher die Zustellung besorgen soll, die Zustellung erleichtern will.

Eine solche wesentliche Erleichterung würde aber nur in denjenigen Anwaltsprozessen eintreten, in welchen die Zustellung der Schriftstücke von Anwalt zu Anwalt ohne Vermittelung des Gerichtsvollziehers und des Gerichtsschreibers zulässig ist. Indeß sieht man nicht ein, warum nicht auch die Anwälte in den Fällen die Zustellung durch den Gerichtsschreiber besorgen lassen können, wenn der Gegner oder sein Bevollmächtigter außerhalb des Gerichtsbezirks wohnt. Es steht ihnen ja außerdem auch frei, den zuständigen auswärtigen Gerichtsvollzieher mit der Zustellung unmittelbar zu beauftragen.

In den Prozessen aber, in denen die Parteien ihre Rechte selbst wahrnehmen, werden, dem §. 145 des neuesten Entwurfs entsprechend, die Parteien, im Falle der Gegner außerhalb des Bezirks des Prozeßgerichts wohnt, die Zustellung durch den Gerichtsschreiber des Prozeßgerichts besorgen lassen. Dieser konnte aber nach §. 251 des norddeutschen Entwurfs die Zustellung durch die Post besorgen lassen.

In meinem früheren Aufsatze S. 366 habe ich bereits dargelegt, wie die Erfahrung bei uns gelehrt hat, daß sich diese Zustellung durch die Post durch seine Einfachheit und Zuverlässigkeit so bewährt hat, daß ihm durch unsere Gesetzgebung im Laufe der Zeit eine immer weitere Ausdehnung gegeben worden. Die Ueberzeugung von der Zweckmäßigkeit dieses Verfahrens hat denn auch im norddeutschen Entwurfe Ausdruck gefunden.

Der neueste Entwurf beseitigt dagegen wieder die Zustellung durch die Post. Die Motive S. 296 sagen hierüber:

> Die Zustellungen, welche nach dem Entwurfe als wichtige außergerichtliche Prozedurakte sich darstellen, werden nur dann ordnungsmäßig bewirkt, wenn die gesetzlichen Vorschriften, sowohl hinsichtlich der Mittheilung des zuzustellenden Schriftstücks an die Person, welcher zugestellt werden soll, als hinsichtlich der Form der Beurkundung des Zustellungsaktes dem zustellenden Beamten hinlänglich bekannt sind und von ihm strenge befolgt werden; bei der Zustellung durch Postboten würden die erforderlichen Garantien für die ordnungsmäßige Vornahme solcher

Prozedurakte sich nicht erreichen lassen. Die postalische Zufertigung eines verschlossenen, mit einer Kontrolnummer des Ge- Gerichtsschreibers, Gerichtsvollziehers oder Anwalts versehenen Briefes kann nicht die Bedeutung einer Prozeßhandlung haben, und die postalische Bescheinigung, daß ein solcher Brief dem Adressaten behändigt worden, ist zur Erbringung des Nachweises, daß ein prozessualischer Akt vollzogen sei, nicht ausreichend. Als eine Prozeßhandlung kann die Zustellung nur dann aufgefaßt werden, wenn das prozessualische Schriftstück in der Weise zugestellt wird, daß die Zustellung dieses Schriftstücks oder einer gleich lautenden Abschrift desselben von dem zustellenden Beamten bezeugt wird. Ein solches Verfahren ist aber den postalischen Einrichtungen nicht entsprechend und nur durch Zustellungsbeamte auszuführen.

Diese Gründe erscheinen aber nicht haltbar, denn:

1. In jedem Prozeßverfahren ist die richtige Behändigung der Ladungen und der Entscheidungen des Gerichts die Grundlage des Kontumazialverfahrens, in dieser Beziehung unterscheidet sich das Verfahren, wie es der neueste Entwurf gestalten will, nicht von den übrigen in Deutschland geltenden Prozeßgesetzen.

2. Die tägliche Erfahrung lehrt bei uns, daß die Behändigung durch die Postboten ebenso zuverlässig ist, als die Behändigung durch die Gerichtsboten. Bei beiden Arten der Behändigung kommen wohl, wenn auch in seltenen Fällen, Versehen vor. Sie sind aber bei den Postboten nicht häufiger, als bei den Gerichtsboten. Nimmt aber der Gerichtsschreiber wahr, daß dergleichen vorgekommen sind, so läßt er in beiden Fällen das Versäumte nachholen.

3. Für die Identität des zuzustellenden Schriftstückes wird einfach dadurch gesorgt, daß in der Ueberschrift des insoweit vom Gerichtsschreiber ausgefüllten Formulars des Postbehändigungsscheins, welches dem zuzustellenden Schriftstücke beigefügt wird, das Datum und der Gegenstand des zuzustellenden Schriftstücks angegeben ist. Es ist mir in meiner langjährigen Praxis nicht ein einziges Mal vorgekommen, daß die Identität des zugestellten Schriftstücks auch nur in Frage gestellt wäre.

Wie stimmt nun aber mit diesen scrupulösen Bedenken gegen die Zuverlässigkeit der Zustellung durch die Post, die Vorschrift des §. 241 im neuesten Entwurf überein, wonach gegen die Partei, welche der Verpflichtung einen Zustellungsbevollmächtigten zu bestellen, nicht genügt hat, angenommen wird, die Zustellung sei mit der Aufgabe auf die

Post bewirkt, selbst wenn die Sendung als unbestellbar zurückkommt.

Je mehr Gewicht der Gesetzgeber auf die Richtigkeit der Zustellung legt, je weniger darf er doch dem Richter zumuthen, daß derselbe annehme, die Zustellung sei bewirkt, wenn er sieht, daß gerade das Gegentheil der Fall ist.

Diese, dem französischen Recht eigenthümliche, der Sachlage widersprechende Fiktion gehört zu den Härten, vor denen die französische Gesetzgebung nicht zurückschreckt. Im deutschen Prozesse ist sie ohne Gleichen. Doch ist gerade diese Fiktion der Zwang, welcher die Parteien nöthigen soll, einen Zustellungsbevollmächtigten zu bestellen. In der That bedarf es aber auch gar nicht dieser gefährlichen Fiktion.

Wir haben oben gesehen, wie wenig der Zustellungsbevollmächtigte im Interesse des Absenders als eine Nothwendigkeit oder als eine unentbehrliche Erleichterung anzusehen ist.

Dieser vom Entwurf beabsichtigten Begünstigung des Absenders stehen die erheblichsten Nachtheile für den Empfänger gegenüber. Will man auch darauf kein Gewicht legen, daß dem Empfänger durch die Ernennung eines Zustellungsbevollmächtigten

1) unnütze Kosten und Weiterungen entstehen, so geht doch
2) dem Empfänger in allen Fällen die Zeit verloren, deren der Zustellungsbevollmächtigte bedarf, um das Schriftstück weiter zu besorgen, sehr erheblich aber ist
3) die Unzuverlässigkeit dieser Art der Zustellung, weil bei derselben der Empfänger weit weniger des Empfanges sicher ist, als wenn die Ladung mit einem Postbehändigungsschein abgeht,
4) der Empfänger aber auch noch Gefahr läuft, daß der Zustellungsbevollmächtigte die rechtzeitige Weitersendung an den Empfänger ganz unterläßt, oder in dessen Abwesenheit die Schrift liegen bleibt

Das sind sehr gegründete Bedenken gegen diese schwerfällige neueste vom Entwurfe beliebte Einrichtung. Sie soll die Zustellung durch die Post verdrängen, und das jetzt, zu einer Zeit, wo der Postverkehr sich so entwickelt hat, daß die Post die Zustellung nach jedem, auch dem kleinsten Orte täglich, und auf die rascheste und zuverlässigste Weise besorgt. Es wäre dies der Rückschritt auf einen Standpunkt, den wir in Preußen längst überwunden haben.

Ganz besonders gefährlich ist aber die Vorschrift im §. 240 des neuesten Entwurfs in Beziehung auf diejenigen Prozesse, in welchen die Parteien ihre Rechte selbst wahrnehmen dürfen, denn diese werd n

nur ausnahmsweise von der im Gesetzbuch angeordneten Nothwendigkeit der Ernennung eines Zustellungsbevollmächtigten und den Nachtheilen Kenntniß haben, welche ihnen bei der unterlassenen Benennung eines Zustellungsbevollmächtigten drohen.

Die im Auslande zu bewirkenden Zustellungen erwähnte der hannöverische Entwurf gar nicht.

Der preußische Entwurf von 1864 bestimmte aber im §. 177:

Wenn die Person, an welche die Zustellung zu bewirken ist, im Auslande sich aufhält, so kann die Zustellung nach der Wahl der Partei, für welche die Zustellung geschehen soll, erfolgen:

1) durch Requisition der Behörde des fremden Staates, welche nach den Einrichtungen des letzteren solche Requisitionen zu erledigen oder deren Erledigung zu veranlassen hat;
2) durch einen in dem fremden Staate angestellten Gerichtsvollzieher oder Notar;
3) mittelst Aufgabe zur Post.

Nach §. 180 und 167 genügt in dem Falle zu 3 zum Beweise der erfolgten Zustellung der Nachweis der Aufgabe zur Post. In meinem früheren Aufsatze S. 368 habe ich hervorgehoben, daß sich bei der Zustellung durch die Post die rekommandirte Zusendung empfehle, wie sie durch die preußische Verordnung vom 5. Mai 1838 betreffs der Zustellung von Erkenntnissen angeordnet ist.

Dem entsprechend lautet der norddeutsche Entwurf:

§. 265.

Wenn die Person, welcher zugestellt werden soll, sich im Auslande aufhält, so kann die Zustellung erfolgen:

1) durch Requisition der Behörde des fremden Staates, welche nach dessen Einrichtung Requisitionen dieser Art zu erledigen oder deren Erledigung zu veranlassen hat;
2) durch Requisition des in dem fremden Staate residirenden Bundesgesandten oder eines darin residirenden Bundeskonsuls;
3) durch einen in dem fremden Staate angestellten Notar oder Zustellungsbeamten;
4) mittelst Aufgabe zur Post.

§. 269.

Bei der Zustellung mittelst Aufgabe zur Post ist die Sendung, soweit es geschehen kann, zu rekommandiren und zu frankiren.

Die Zustellung wird durch das schriftliche Zeugniß des Gerichts-

schreibers, eines Zustellungsbeamten oder eines Notars über den Inhalt der Sendung in Verbindung mit dem Empfangsscheine des Addressaten nachgewiesen. Der Empfangsschein des Addressaten kann durch das schriftliche Zeugniß der Postbehörde des Aufgabeortes, daß die Sendung wegen Verweigerung der Annahme zurückgekommen, oder daß sie nicht als unbestellbar zurückgekommen sei, ersetzt werden.

Statt dessen ist im neuesten Entwurf bestimmt:

§. 168.

Eine im Auslande zu bewirkende Zustellung erfolgt mittelst Ersuchens der zuständigen Behörde des fremden Staates oder des in diesem Staate residirenden Konsuls oder Gesandten des Reichs.

§. 171.

Die erforderlichen Ersuchungsschreiben werden von dem Vorsitzenden des Prozeßgerichts erlassen.

Die Zustellung wird durch das schriftliche Zeugniß der um dieselbe ersuchten Behörden oder Beamten, daß die Zustellung erfolgt sei, nachgewiesen.

Gründe für diese wesentliche Abänderung des Norddeutschen Entwurfs sind in den Motiven des neuesten Entwurfs nicht angegeben.

Zunächst fällt es auf, daß der neueste Entwurf die Besorgung der Zustellungen im Auslande dem Vorsitzenden des Prozeßgerichts zuweist, während doch sonst das neue Verfahren jede solche, die Prozeßleitung betreffende Vermittelung, von dem Prozeßgerichte fernzuhalten bemüht ist.

In der That bringt aber der §. 171 des neuesten Entwurfs den Vorsitzenden in eine übele Lage, denn derselbe wird oft nicht wissen, welche Behörde er als die zuständige des fremden Staates anzusehen hat. Auch kann darüber Streit entstehen, ob der Vorsitzende die richtige Behörde ersucht hat.

Weit leichter und besser als der Vorsitzende des Prozeßgerichts weiß die Post den Addressaten zu finden.

Wählt aber der Vorsitzende eine unrichtige Behörde, so entsteht ein zeitraubender Briefwechsel. Wie soll es ferner gehalten werden, wenn die ersuchte Behörde gar nicht antwortet, oder wenn sie antwortet, der Empfänger verweigere die Annahme, oder er sei nicht zu finden?

Alle diese Zweifel erledigen sich, wenn die Vorschriften des norddeutschen Entwurfs beibehalten werden.

Mit Recht legt der §. 269 dieses Entwurfs auch darauf Gewicht,

daß der Empfänger einen Empfangsschein ausstellen, also den Behändigungsschein **unterschreiben** soll.

In meinem früheren Aufsatz S. 369 habe ich bereits dargelegt, daß, wie die Erfahrung lehrt:

die **Unterschrift des Empfängers**

gerade die sicherste Gewähr für die wirklich erfolgte Behändigung giebt.

Mit gutem Grund verlangen daher §. 38 und 39 I. 7 der preußischen A. G.-O. auch diese Unterschrift zum Nachweis der richtigen Behändigung. Dennoch schreibt sie keiner der vier Entwürfe vor.

Nach alle dem erscheint es wünschenswerth, daß die hier besprochenen Veränderungen, welche der Entwurf von 1871 mit dem norddeutschen Entwurf von 1869 vornehmen will, wieder beseitigt werden.

Allen vier Entwürfen gegenüber aber möchte ich noch folgende drei Wünsche aussprechen:

1) daß die gesetzliche Verpflichtung der Parteien zur Ernennung eines Zustellungsbevollmächtigten ganz fortfalle,
2) daß unter den Erfordernissen der Zustellungsurkunde auch die Unterschrift des Empfängers aufgeführt werde und
3) daß man die Prozeßordnung mit **Marginalien** versehe.

Wohl hat der Code keine Marginalien, aber es ist eine gute alte deutsche Sitte, die Gesetzbücher mit kurzer Inhaltsangabe am Rande zu versehen. Schon in der Karolina befindet sich eine solche kurze Inhaltsangabe über jedem einzelnen Artikel.

Ein Muster für die Inhaltsangaben am Rande ist unser A. L.-R. und unsere A. G.-O. Es läßt sich aus denselben der ganze Ideengang des Gesetzgebers, die logische Anordnung des Stoffes in den einzelnen Titeln rasch übersehen. Jede Bestimmung kann man mit Hülfe dieser Randangaben leicht finden.

In der hannöverischen Prozeßordnung ist ebenso der Inhalt der einzelnen Paragraphen als Ueberschrift angegeben.

Nun sehe man sich aber in dem neuesten Entwurf z. B. den von den Zustellungen handelnden Titel an. Derselbe enthält in 32 ohne weitere Inhaltsangabe fortlaufenden Paragraphen die mannigfaltigsten Bestimmungen. Man giebt das neue Gesetzbuch vielbeschäftigten Richtern in die Hände. Sie studiren es, erinnern sich bei der Anwendung vielleicht, daß sie eine einschlagende Bestimmung gelesen haben. Nun gilt es, sie auch zu finden. Da müssen denn alle Paragraphen des betreffenden speziellen Titels ganz gelesen werden. Findet sich die gesuchte Bestimmung dort nicht (ich erinnere an den oben besprochenen §. 269 des neuesten Entwurfs), so muß der Richter auch noch alle die

verwandten, vom Verfahren im Allgemeinen, und vom Verfahren vor den Landgerichten handelnden Paragraphen durchlesen, wenn er nicht am Finden verzweifelnd, und sich damit tröstend, sein Gedächtniß täusche ihn, annimmt, die Vorschrift existire nicht, und deshalb die gesuchte Vorschrift gar nicht anwendet.

Man sieht, die Marginalien sind nicht eine bloße Aeußerlichkeit, nicht eine entbehrliche und eine dem Gesetzgeber unnütze Mühe machende Zugabe, sondern ein Leitfaden, welcher den Richter vor Mißgriffen sichert.

Deshalb sollte der Gesetzgeber nicht nur aus Mitleid mit denen, die das Gesetzbuch anwenden sollen, sondern auch im Interesse der Rechtspflege nicht die Mühe scheuen, den Inhalt der einzelnen Paragraphen am Rande des Gesetzbuchs zu vermerken.

II.

Das Versäumnißverfahren nach dem Entwurfe einer deutschen Prozeßordnung.

In meinem vorstehend abgedruckten Aufsatze habe ich in Betreff des Zustellungsverfahrens, wie es sich nach dem neuesten Entwurfe der deutschen Prozeßordnung gestalten soll, gegen einige Fiktionen Bedenken erhoben, die zum Zweck der Einführung von schwerfälligen Einrichtungen aufgestellt werden, welche wir längst überwunden haben.

Dabei war es aber nicht nöthig, die den neueren Entwürfen eigenthümliche Auffassung der Mündlichkeit des Verfahrens zu erörtern. Bei dem Versäumnißverfahren ist dies nicht zu umgehen.

In meinen „Bedenken über das französische Wesen der für Preußen, Bayern und von der Kommission in Hannover ausgearbeiteten Entwurfe einer bürgerlichen Prozeßordnung“ habe ich bereits mich zu zeigen bemüht, wie diese Entwürfe der Mündlichkeit einen übergroßen Werth beilegen, und den schriftlichen Aufzeichnungen nicht die Beachtung schenken, welche für die richtige und sachgemäße Entscheidung des Prozesses nothwendig ist.

Wenn ich dies Bedenken hier in Beziehung auf das Versäumnißverfahren des neuesten Entwurfs wiederhole, so verkenne ich deshalb doch keineswegs die großen Vorzüge desselben gegenüber dem bisherigen deutschen, insbesondere auch dem jetzigen preußischen Prozesse. Diese Vorzüge lassen es aber um so mehr bedauern, daß der neueste Entwurf, nach seinen Motiven, anstatt dem mündlichen Verfahren die ihm

gebührende größere Bedeutung zu gewähren, das Kind mit dem Bade ausschütten, und ausschließlich den mündlichen Verkehr der Parteien mit dem erkennenden Richter für zulässig erachten will. Dagegen spricht ja schon der einfache Satz: scripta manent, während das gesprochene Wort spurlos verhallt, und kein menschliches Gedächtniß die Schrift zu ersetzen vermag.

Anstatt aber die allgemeinen Gründe zu wiederholen, welche gegen die nach den Motiven beabsichtigte Einführung der „reinen“, richtiger wohl, der „bloßen“ Mündlichkeit sprechen, soll hier aus den Bestimmungen des neuesten Entwurfs nachgewiesen werden, zu welchen ungerechten Härten es führen zu welchen sachwidrigen Fiktionen man seine Zuflucht nehmen müßte, um die Parteien zum mündlichen Vortrage zu zwingen, und wie der Entwurf selbst, die Mittel zur Benutzung des schriftlich Aufgezeichneten bietend, dafür sorgt, daß es nicht blos schätzbares Material bleibe.

Wir finden im neuesten Entwurfe die Vorschriften über das Versäumnißverfahren im 3. Titel des 1. Abschnittes im 2. Buche unter der Ueberschrift: Von dem Versäumnißurtheil. So bringt der neueste Entwurf alle diejenigen Bestimmungen unter einen Titel, welche im norddeutschen Entwurf in drei Titeln unter der Ueberschrift enthalten sind:

Von dem Versäumnißverfahren und dem Versäumnißurtheil,
Von dem Einspruche, und
Von der Versäumung der Termine nach dem Schlusse der Hauptverhandlung.

Im neuesten Entwurf entspricht aber die Ueberschrift des Titels nicht dem Inhalte; denn der Titel handelt keineswegs blos vom Versäumnißurtheil und dessen Abfassung, sondern auch von den dem Versäumnißurtheil vorhergehenden Prozeßhandlungen, und von dem Einspruch, durch welchen die nachtheiligen Folgen der Versäumniß beseitigt werden können.

Da aber der Einspruch zu den Rechtsmitteln gehört, so dürfte ihm im dritten Buche, welches von den Rechtsmitteln handelt, seine Stelle anzuweisen sein.

Außerdem handelt im neuesten Entwurf der 4. Titel im 3. Abschnitt des 1. Buchs von den Folgen der Versäumung, und lautet:

§. 193.

Die Versäumung einer Prozeßhandlung hat zur allgemeinen Folge, daß die Partei mit der vorzunehmenden Prozeßhandlung ausgeschlossen wird.

§. 194.

Einer Androhung der gesetzlichen Folgen der Versäumung bedarf es nicht; dieselben treten von selbst ein, sofern nicht dieses Gesetzbuch einen auf Verwirklichung des Rechtsnachtheils gerichteten Antrag erfordert.

Zuvörderst würde es das Zurechtfinden im Gesetzbuche sehr erleichtern, wenn dem §. 194 in Klammer diejenigen Paragraphen hinzugefügt würden, in denen die Ausnahme von der Regel des §. 194 zu finden ist.

Der im §. 194 aufgestellte Satz widerspricht aber, wie dies freilich auch der preußische Entwurf von 1864, der hannöverische Entwurf von 1865 und der norddeutsche Entwurf von 1870 thun, den Grundsätzen des deutschen Prozesses. So sagt Martin Bd. 1, S. 580 seiner Vorlesungen über die Theorie des deutschen gemeinen bürgerlichen Prozesses über

die Nothwendigkeit der Verwarnung:

Es ist das Erforderniß eines jeden ahndungswürdigen Ungehorsams, daß die Nachtheile, welche den Ungehorsamen treffen sollen, so weit sie nicht blos in der Pflicht zur Kostenerstattung bestehen, sondern in die Sache selbst eingreifen, gehörig angedroht sein müssen, ehe sie vollzogen werden können. So wenig nämlich dilatorische Verfügungen irgend eine Androhung zu enthalten brauchen, so nothwendig ist dagegen bei peremtorischen Verfügungen die ausdrückliche Androhung der im Falle des Ungehorsams eintretenden speziellen Nachtheile, damit auf diese Weise eine Warnung und Erinnerung an den Verpflichteten ergeht, ehe er in wirklichen Schaden versetzt wird.

Indeß unterscheidet sich der deutsche Prozeß doch dadurch wesentlich von dem Verfahren des Entwurfs, daß dieser für die wichtigeren Prozesse, welche als solche vor den Landgerichten zu verhandeln sind, den Anwaltszwang einführt. Insoweit hiernach die Prozesse in den Händen von Rechtsgelehrten sind, bedarf es allerdings einer Belehrung der Parteien über die Nachtheile, welche aus der Versäumniß entstehen, nicht.

Mit Unrecht dehnen die Entwürfe diese Vorschrift des §. 194 jedoch auf diejenigen Prozesse aus, welche vor den Amts- und Handelsgerichten zu führen sind, weil in diesen Prozessen die Parteien selbst ihre Rechte wahrnehmen dürfen. Leider wiederholt sich dieser Mißgriff in den gedachten Entwürfen sehr oft, denn dieselben sehen den landgerichtlichen Prozeß als die Regel an, so daß die für denselben geltenden

strengen Vorschriften mit einigen Ausnahmen auch für diejenigen Prozesse gelten, in denen die Parteien ihre Rechte selbst wahrnehmen dürfen. Gestattet aber das Gesetz, daß die rechtsunkundige Partei ihren Prozeß selbst führt, so muß es auch auf diesen wesentlichen Unterschied die nöthige Rücksicht nehmen. Es entspricht der Humanität, welche die deutschen Prozeßgesetze bisher auszeichnete, daß das Gesetz die des Rechts unkundige Partei nicht rathlos läßt, sondern sie mit den nachtheiligen Folgen der Versäumniß bekannt macht.

Diese Verwarnung vor den nachtheiligen Folgen der Versäumniß ist aber für das neu einzuführende Verfahren weit nothwendiger, als für den bisherigen deutschen Prozeß, denn wir werden gleich sehen, wie man die Nachtheile, welche man an das Ausbleiben im Termine zu knüpfen beabsichtigt, über die Gebühr schärfen will.

Wie sich diese Verwarnung auch bei dem vom neuesten Entwurfe vorgeschlagenen Verfahren in's Werk setzen läßt, soll schließlich gezeigt werden.

Ueber das Versäumnißverfahren

bestimmt nun im neuesten Entwurfe:

§. 270.

> Wenn der Kläger im Termin zur mündlichen Verhandlung nicht erscheint, so ist auf Antrag das Versäumnißurtheil dahin zu erlassen, daß der Kläger mit der Klage abzuweisen sei."

Dagegen lautet §. 430 des norddeutschen Entwurfs:

> Wenn der Kläger im Termin zur Hauptverhandlung nicht erscheint, so ist gegen ihn auf Antrag das Versäumnißurtheil dahin zu erlassen, daß der Beklagte[3]) von der Instanz entbunden werde.

Die Motive des neuesten Entwurfs führen S. 324 zur Rechtfertigung dieser Abänderung an:

> Gegen den Kläger ist die Kontumazialfolge dahin festgestellt, daß er mit der Klage abzuweisen sei; eine sachliche Prüfung der Klage findet nicht statt, vielmehr hat das Gericht auf Antrag des Beklagten anzunehmen, daß die Klage thatsächlich nicht begründet sei, und folglich dieselbe abzuweisen. Durch das gegen den Kläger ergehende Versäumnißurtheil wird mithin über den

[3]) Wie kommt es nur, daß jetzt in den Entwürfen statt der „Verklagte" immer der „Beklagte" gesagt wird? Beklagen und Verklagen sind doch ganz verschiedene Begriffe.

Klageantrag selbst erkannt. Insoweit ist eine gleichmäßige Behandlung des Klägers und des Beklagten im Falle ihres Nichterscheinens gerechtfertigt. Wenn andere neuere Gesetzgebungen (Hannover §. 367, Baden §. 328, Würtemberg 388, Bayern 303) verordnen, daß beim Ausbleiben des Klägers der Beklagte von der Instanz zu entbinden, oder die Klage für nicht angebracht zu erklären sei, so ist diese Kontumazialfolge, welche nach mehreren Gesetzen die Bedeutung der Zurücknahme der Klage hat, für den Kläger ungleich günstiger, als die gegen den Beklagten bei dessen Ausbleiben eintretende Kontumazialfolge. Der Entwurf will die thunlichste Gleichstellung beider Parteien. Eine Gefährdung des Klägers ist bei der Leichtigkeit des Einspruchs nicht zu befürchten.

Den oben angeführten Gesetzen ist indeß auch §. 18 I 20 der preußischen Prozeßordnung hinzuzufügen. Diese im §. 270 des neuesten Entwurfs vorgeschlagene Aenderung dürfte aber nicht als eine Verbesserung des bisherigen Verfahrens anzusehen sein.

Nach der obigen Stelle der Motive soll durch §. 270 eine gleichmäßige Behandlung des Klägers und des Verklagten im Falle ihres Nichterscheinens eingeführt werden.

Eine solche Gleichmäßigkeit wäre aber nur vorhanden, wenn der Verklagte bei seinem Ausbleiben ohne sachliche Prüfung der Klage verurtheilt würde. Wir werden aber sehen, daß der Verklagte auch nach den Vorschriften des neuesten Entwurfs erst nach sachlicher Prüfung der Klage verurtheilt werden soll. Der §. 270 behandelt deshalb den ausbleibenden Kläger härter als den ausbleibenden Verklagten, und damit fällt dieser für die Bestimmung des §. 270 angeführte Grund fort.

Die Vorschrift des §. 270 ist aber insofern ungerecht, als sie den Richter zwingen will, eine sachliche Entscheidung zu treffen, ohne daß ihm eine sachliche Prüfung zusteht.

Indeß darf der Gesetzgeber überhaupt nicht Rechtsnachtheile androhen, welche der Sachlage widersprechen. Es widerspricht sogar der §. 270 dem §. 193 des neuesten Entwurfs selbst. Dieser §. 193, der erste des Titels, welcher von den Folgen der Versäumniß handelt, spricht den richtigen Grundsatz aus: die Versäumniß einer Prozeßhandlung habe die Folge, daß die Partei mit der vorzunehmenden Prozeßhandlung ausgeschlossen wird.

Wendet man diesen Grundsatz auf den Kläger an, so folgt aus dessen Ausbleiben nur, daß er mit der Fortführung des Prozesses ausgeschlossen wird. Daß der Kläger mit Unrecht geklagt habe, das

folgert aus seinem bloßen Ausbleiben im Termin der neueste Entwurf mit Unrecht.

Endlich sagen die Motive, daß die ungerechte Härte des §. 270 durch die Leichtigkeit des Einspruchs beseitigt werde.

Wir werden später sehen, wie trügerisch dies Rechtsmittel ist. Bleibt aber der Kläger durch irgend ein Versehen im Termine aus, oder sind nicht alle Förmlichkeiten des Einspruchs gehörig beobachtet, so ist er unwiderbringlich um sein Recht gekommen, denn nach §. 431 des neuesten Entwurfs kann ein Versäumnißurtheil von der Partei, gegen welche es erlassen ist, mit der Berufung gar nicht angefochten werden.

Auch die Revision, welche gegen die in erster Instanz ergangenen Erkenntnisse der Landgerichte und Handelsgerichte zulässig ist, würde dem Kläger nicht helfen, denn es lautet im neuesten Entwurfe

§. 461:

> Die Revision kann nur darauf gestützt werden, daß die Entscheidung auf einer Verletzung der Gesetze beruht.
>
> Das Gesetz ist verletzt, wenn eine Rechtsnorm nicht oder nicht richtig angewendet worden ist.

Nun ist aber gegen den Kläger, der wegen seines Ausbleibens abgewiesen worden, der §. 270 richtig angewendet, deshalb behält es bei den nachtheiligen Folgen der Versäumniß sein Bewenden.

Man sieht, wie gefährlich es ist, wenn der neueste Entwurf an die Säumniß des Klägers Rechtsnachtheile knüpfen will, welche ungerecht hart sind, und dem von dem Entwurf selbst im §. 193 aufgestellten Grundsatze widersprechen. Wie leicht wird da Recht zu Unrecht.

In Betreff des Ausbleibens des Verklagten bestimmt der neueste Entwurf im

§. 271.

> Wenn der Kläger gegen den im Termin zur mündlichen Verhandlung nicht erschienenen Beklagten das Versäumnißurtheil beantragt, so ist das thatsächliche mündliche Vorbringen des Klägers als zugestanden anzunehmen.
>
> Soweit dasselbe den Klageantrag rechtfertigt, ist nach dem Antrage zu erkennen, so weit dies nicht der Fall ist, die Klage abzuweisen.

§. 273.

> Der Antrag auf Erlassung eines Versäumniß-Ur-

theils ist zurückzuweisen, unbeschadet des Rechts der erschienenen Partei, die Vertagung der mündlichen Verhandlung zu beantragen:

1) wenn die erschienene Partei die vom Gericht wegen eines von Amtswegen zu berücksichtigenden Umstandes erforderte Nachweisung nicht zu beschaffen vermag;
2) wenn die nicht erschienene Partei nicht ordnungsmäßig, insbesondere nicht rechtzeitig geladen war
3) wenn ein thatsächliches mündliches Vorbringen mittelst Schriftsatzes der nicht erschienenen Partei rechtzeitig nicht mitgetheilt war.

Bringt man den §. 271 mit Nr. 3 des §. 273 in Verbindung, so bestimmt der Entwurf, daß bei dem Ausbleiben des Verklagten das Gericht prüfen soll:

1) ob das mündlich vom Kläger Vorgetragene seinen Klageantrag rechtfertigt, und
2) ob die mündlichen Anführungen dem Verklagten bereits schriftlich mitgetheilt sind.

Zunächst geht aber der Entwurf zu weit, wenn er vorschreibt, daß der Antrag des Klägers auf Erlassung eines Versäumnißurtheils schon dann zurückgewiesen werden soll, wenn irgend ein thatsächliches Vorbringen des Klägers dem Verklagten nicht gehörig schriftlich mitgetheilt worden.

Offenbar kann diese unterlassene schriftliche Mittheilung die Abfassung des Versäumnißurtheils nur dann hindern, wenn die nicht mitgetheilte mündliche Behauptung auch zur Begründung des Klageantrags nöthig war. §. 273, Nr. 3 wird also zu fassen sein:

wenn ein mündliches thatsächliches Vorbringen, welches zur Begründung des gegen den Ausgebliebenen gestellten Antrags gehört, mittelst Schriftsatzes der nicht erschienenen Partei rechtzeitig nicht mitgetheilt war.

Indem aber der §. 273 Nr. 3 vorschreibt, daß der Richter, bevor er den ausgebliebenen Verklagten verurtheilt, prüfen soll, ob das vom Kläger mündlich Vorgebrachte dem Verklagten auch mittelst Schriftsatzes mitgetheilt worden, verstößt der Entwurf gegen das Prinzip der reinen Mündlichkeit, denn dies Prinzip besteht darin, daß der Richter nicht lesen, sondern nur hören soll.

Indeß hat schon der preußische Entwurf von 1864, den dies Prinzip sonst leitet, Bedenken getragen, auszusprechen, daß das vom Kläger mündlich Vorgetragene beim Ausbleiben des Verklagten für unbedingt

richtig zu erachten und danach zu erkennen sei, vielmehr enthält §. 367 dieses Entwurfs den Zusatz:

Wenn jedoch die Richtigkeit der in der Klage oder in der Sitzung vorgetragenen Thatsachen dem Gerichte ganz oder zum Theil bedenklich erscheint, so ist dasselbe befugt, den Kläger zur Beweisantretung aufzufordern und durch ein Beweisurtheil die Erhebung des Beweises anzuordnen.

Die Motive bemerken hierzu S. 81:

Das rheinische Prozeßrecht (Art. 150 französ. Civil-Proz.-Ordnung: les conclusions de la partie qui le requiert seront adjugées, si elles se trouvent justes et bien verifiées) geht von dem Grundsatze aus: probatio fit judici, und folgert aus demselben, daß auch bei dem Ausbleiben des Beklagten dem Richter der Beweis des thatsächlichen Vortrags des Klägers geführt werden muß, wobei jedoch der Umstand, daß der Beklagte seine Vertheidigung gar nicht versucht hat, wie alle anderen Thatsachen frei zu würdigen ist, mithin auch als Zugeständniß gedeutet werden kann. Mit anderen Worten: während nach preußischem und gemeinem Prozeßrecht die Frage nach der Kontumazialfolge eine einfache quaestio juris ist, weil die Gesetze positiv vorschreiben, was aus dem Ausbleiben des Verklagten gefolgert werden soll, ist sie im französischen Prozesse eine quaestio facti. Dies hat zur Folge, daß im letzteren der Richter von dem Kläger auch dann den Beweis seiner Behauptungen fordern kann, wenn der Beklagte ausgeblieben ist, diese Thatsache ihm aber nicht die Ueberzeugung gewährt, daß der thatsächliche Klagevortrag richtig ist. In der Praxis der rheinischen Gerichte wird indeß von dieser Befugniß nicht, oder doch nur in den seltensten Fällen Gebrauch gemacht; das Ausbleiben des Beklagten wird vielmehr regelmäßig als genügend angesehen, um die Ueberzeugung des Richters zu begründen, daß der vorgetragene faktische Sachverhalt in Wahrheit beruhe.

Der Entwurf hat sich dem Systeme des rheinischen Rechts genähert, und zwar hauptsächlich aus folgenden Erwägungen:

Die Frage, ob das Ausbleiben des Beklagten als Zugeständniß oder Bestreiten des Klagevortrags zu betrachten ist, läßt sich nicht aus der N a t u r d e r S a c h e beantworten, weil das Ausbleiben wegen der verschiedenen Umstände, die es veranlaßt haben können, für sich allein kein konkludentes Faktum für die Beantwortung der Frage ist. Der Beklagte kann z. B. ausgeblieben sein,

weil er dem Klagevortrage nichts entgegenzusetzen hat, oder entgegensetzen will; er kann aber auch ausgeblieben sein, weil er die Ladung, obschon sie ordnungsmäßig erfolgt ist, thatsächlich nicht erhalten hat, oder an dem Erscheinen durch äußere Gründe gehindert ist u. s. w. Eben weil aus der Natur der Sache keine allgemeine Entscheidung entnommen werden kann, haben verschiedene Prozeßgesetze an das Ausbleiben des Beklagten auch verschiedene, ja entgegengesetzte Folgen geknüpft; die einen haben affirmative, die anderen negative Litiskontestation unterstellt. Positive Vorschriften von solcher Tragweite, die eine feste Regel aufstellen, wo nach der Verschiedenheit der Fälle eine bestimmte Norm innerlich begründet ist, müssen möglichst vermieden werden, weil sie sich nicht einmal konsequent durchführen lassen. Dies zeigt sich an dem bisherigen Kontumazialsystem des preußischen Prozesses. Die Kontumaz wird in der Regel als Zugeständniß angesehen, und doch werden die sonstigen Wirkungen des Geständnisses nicht daran geknüpft. Jedes Restitutionsgesuch ohne alle Angabe von Gründen der Säumniß, jedes andere ordentliche Rechtsmittel beseitigt alle Wirkungen jenes vorgeblichen Geständnisses; es bedarf sogar keines ausdrücklichen Widerrufs .....

Hätte man das Prinzip der affirmativen Litiskontestation rein durchführen wollen, so würde man bei dem Ausbleiben des Beklagten doch nicht unbedingt auch alle die Thatsachen, welche der Kläger erst in der mündlichen Verhandlung anführt, als zugestanden haben ansehen dürfen; denn jene Kontumazialannahme gründet sich doch nur auf die Rechtsvermuthung, welche daraus entspringt, daß der Beklagte ausbleibt, obgleich ihm bekannt ist, was der Kläger geltend macht. Man wäre also, um für die Fiktion des Zugeständnisses einen genügenden Anhalt zu gewinnen, genöthigt gewesen, dem Kläger, wenn er in facto eine Ergänzung oder Erläuterung der Klage vorzubringen sich veranlaßt sieht, aufzugeben, dieselbe erst schriftlich dem Beklagten zuzustellen und ihn von Neuem zu laden. Eine solche Vorschrift würde aber nicht allein für die Erledigung der Kontumazialsachen zu bedenklichen mit Zeit und Kostenaufwand verbundenen Weiterungen führen, sondern auch den mündlichen Prozeß zu denaturiren geeignet sein .....

Die dem Richter beigelegte Befugniß, ausnahmsweise Beweis zu erfordern, läßt sich als eine angemessene Milderung des

Kontumazialpräjudizes des preußischen Rechts auffassen, welche Befugniß zugleich dazu dient, das Kontumazialverfahren mit der Stellung in Einklang zu bringen, welche der Entwurf dem Richter in Ansehung der Beurtheilung des faktischen Streitmaterials überhaupt anweist, und andererseits die Bedenken zu erledigen, welche gegen die Vorschrift sich erheben lassen, daß der Richter auch diejenigen zur Ergänzung und Erläuterung des thatsächlichen Inhalts der Klage vorgetragenen Thatsachen in der Regel für richtig anzunehmen hat, welche erst in der mündlichen Verhandlung geltend und dem Beklagten vorher nicht bekannt gemacht sind. Auf diese Bedenken ist aber auch dadurch Rücksicht genommen, daß nach §. 367 Abs. 2 der Kläger nicht befugt sein soll, mit einer sonst zulässigen Erweiterung oder Aenderung des Klageantrags hervorzutreten. Die Bedenken müssen vollends schwinden, wenn man in Anschlag bringt, wie sehr der Entwurf die Zulassung des Einspruchs erleichtert.

Die Widersprüche in dieser Begründung fallen in die Augen.

Nach dem französischen Rechte muß beim Ausbleiben des Verklagten der Kläger den Beweis für seine thatsächlichen Anführungen bringen. Im Widerspruch hiermit nehmen die rheinischen Gerichte in der Regel an, daß das Ausbleiben des Verklagten die Richtigkeit der Behauptungen des Klägers beweise. Die Motive wollen dies damit rechtfertigen, daß dem Richter die freie Beweiswürdigung zustehe, und er aus dem Ausbleiben des Verklagten folgern könne, er gestehe den Inhalt der Klage zu. Gleich darauf wird aber gesagt, daß die Frage, ob das Ausbleiben des Verklagten als Zugeständniß oder als Bestreiten des Klagevortrags zu betrachten ist, sich nicht aus der Natur der Sache beantworten lasse, weil das Ausbleiben wegen der verschiedenen Umstände, welche es veranlaßt haben können, für sich allein kein konkludentes Faktum für die Beantwortung der Frage sei.

Der preußische Entwurf will den Richter bei Abfassung des Versäumnißurtheils auf das Gebiet von Vermuthungen verweisen, welche jeder thatsächlichen Unterlagen entbehren, also auf bloßer Willkür beruhen. Er greift zu diesem bedenklichen Mittel, um den mündlichen Prozeß nicht zu *denaturiren*, d. h. um nicht gegen das Prinzip der reinen Mündlichkeit zu verstoßen.

Indeß entschließt sich der preußische Entwurf doch zu einer ganz kleinen derartigen Denaturirung im 2. Abs. des §. 367, indem der Kläger den schriftlichen Klageantrag mündlich nicht ändern darf. Danach muß also der Richter, bevor er das Versäumnißurtheil erläßt, den

in der schriftlichen Klage enthaltenen Antrag doch lesen. Dagegen braucht sich der Richter mit dem Lesen der Klage selbst nicht zu befassen. Zur Begründung des Klageantrags kann der Kläger mündlich beliebige Thatsachen anführen. Sie gelten alle für zugestanden, der Verklagte mag von ihnen etwas erfahren haben oder nicht.

Beruht nun auch der neueste Entwurf auf dem Prinzip der bloßen Mündlichkeit? Diese Frage ist nicht so leicht aus den Paragraphen des Entwurfs zu beantworten.

Auf den ersten Blick kann es scheinen, daß der neueste Entwurf den Grundsatz, der Richter dürfe nur hören, nicht lesen, nicht so festhalte, wie der hannöverische und der norddeutsche Entwurf. Es bestimmt nämlich §. 131 des hannöverischen Entwurfs:

> Die mündliche Verhandlung bildet, sofern dies Gesetz nicht etwas Anderes bestimmt, die ausschließliche Grundlage für die richterliche Entscheidung.

und der norddeutsche Entwurf sagt im §. 302:

> Der Rechtsstreit wird mündlich verhandelt.
>
> §. 303.
>
> Die mündliche Verhandlung bildet die ausschließliche Grundlage für die richterliche Entscheidung.

Dagegen findet sich im neuesten Entwurf nirgends der Satz ausgesprochen, daß die mündliche Verhandlung ausschließlich die Grundlage für die richterliche Entscheidung sein soll. Es sagt nur der

§. 113:

> Die Verhandlung der Parteien über den Rechtsstreit vor dem erkennenden Gericht ist eine mündliche.
>
> Im Anwaltsprozesse wird die mündliche Verhandlung durch Schriftsätze vorbereitet; die Nichtbeachtung dieser Vorschrift hat jedoch Rechtsnachtheile in der Sache selbst nicht zur Folge.
>
> In anderen Prozessen **können** vorbereitende Schriftsätze gewechselt werden.

Wie wenig aber der folgenschwere, mit dem deutschen und preußischen Prozeß im Widerspruch stehende Satz, daß der erkennende Richter den Inhalt der Prozeßschriften und Audienzprotokolle nicht, sondern nur das zuletzt mündlich Vorgebrachte beachten darf, aus diesem §. 113 herauszulesen ist, das ergiebt sich daraus, daß der §. 113 in Vergleichung mit dem jetzigen preußischen Prozeßverfahren nur die Neuerung ausspricht, daß die Nichteinreichung eines Schriftsatzes keine Rechtsnachtheile zur Folge haben soll, denn der erste Absatz des §. 113 stimmt

mit dem jetzigen preußischen Prozeßverfahren ganz überein. Auch in diesem Prozeßverfahren ist die Verhandlung der Parteien vor dem erkennenden Gericht eine mündliche. Wie sollen die Parteien vor dem erkennenden Gericht selbst anders als mündlich verhandeln. Der Schriftwechsel ist ja kein Theil der Verhandlung vor dem erkennenden Gerichte.

Wie die Motive ergeben, will aber der neueste Entwurf, daß man aus seinem §. 113 den im §. 303 des norddeutschen Entwurfs klar ausgesprochenen Satz herauslese, denn es sagen die Motive zum neuesten Entwurf S. 219:

> Von dem Satze, daß der Richter bei der Urtheilsfällung das thatsächliche Vorbringen nur insoweit zu berücksichtigen habe, als es ihm von den Parteien vorgetragen wurde, selbst wenn es in den bei ihm hinterlegten vorbereitenden Schriftsätzen enthalten ist, — eine Ausnahme zu gestatten, wie sie im rheinischen Verfahren sich gebildet hat, dürfte völlig unzulässig sein, denn damit würde der für die Parteien gebotene Zwang, die Sache mündlich zu verhandeln, beseitigt erscheinen.

Die Motive verwerfen hiermit die im preußischen Entwurf von 1864 enthaltenen Vorschläge, welche dahin gehen:

§. 341.

> Alle in den Parteianträgen gestellten Anträge müssen bei der Entscheidung berücksichtigt und in den Entscheidungsgründen gewürdigt werden.

§. 342.

> Im Uebrigen bildet die mündliche Verhandlung die Grundlage der Beurtheilung und Entscheidung.
>
> Das Gericht hat jedoch auch die in den Parteianträgen enthaltenen Angriffs- und Vertheidigungsmittel, welche eine abgesonderte Entscheidung zulassen, zu berücksichtigen und in den Entscheidungsgründen zu würdigen, so weit dieselben nicht etwa bei der mündlichen Verhandlung zurückgenommen sind. Ist eine solche Zurücknahme erfolgt, so muß dieselbe in den Entscheidungsgründen bezeugt werden.

Indeß hält der neueste Entwurf keineswegs so fest an dem Prinzip der bloßen Mündlichkeit des Verfahrens, wie dies nach den Motiven scheinen könnte, vielmehr verpflichten folgende Bestimmungen des neuesten Entwurfs den Richter, den Inhalt der Parteischriften und der Audienzprotokolle zu berücksichtigen:

1) Nach §. 273 Nr. 3 muß, wie bereits hervorgehoben ist, der erkennende Richter vor der Verurtheilung des ausgebliebenen Verklagten prüfen, ob das vom Kläger mündlich Vorgebrachte dem Verklagten mittelst Schriftsatzes mitgetheilt ist.

2) Nach §. 118 sollen die Parteien eine für das Prozeßgericht bestimmte Abschrift ihrer vorbereitenden Schriftsätze und deren Anlagen auf der Gerichtsschreiberei niederlegen. Es geschieht dies, wie die Motive S. 291 sagen: um dem Prozeßgerichte die Vorbereitung zu ermöglichen, durch welche die sachgemäße Leitung der Verhandlung nur gefördert werden kann.

Zu demselben Zwecke schreibt §. 139 des neuesten Entwurfs für den Anwaltsprozeß vor, daß durch die Aufnahme in das Sitzungsprotokoll die Anerkenntnisse, Verzichtleistungen und Vergleiche festzustellen sind, durch welche der geltend gemachte Anspruch ganz oder theilweise erledigt wird.

Auch in den anderen Prozessen sind nach §. 427 desselben Entwurfs Anträge und Erklärungen einer Partei insoweit durch das Sitzungsprotokoll festzustellen, als das Gericht beim Schlusse der mündlichen Verhandlung die Aufnahme für angemessen erachtet.

Die Aufnahme des vollständigen Thatbestandes in das Protokoll ist nicht ausgeschlossen.

Zugeständnisse, sowie die Annahme und Zurückschiebung zugeschobener Eide sind auf Antrag des Gegners durch das Protokoll festzustellen.

3) Daß nach dem neuesten Entwurf diese schriftlichen Aufzeichnungen nicht todtes Material bleiben, sondern vom erkennenden Richter beachtet werden soll, dies ergiebt §. 125, welcher für den Anwaltsprozeß vorschreibt:

> Der Vorsitzende ist befugt, durch geeignete Fragen dahin zu wirken, daß unklare Anträge erläutert, ungenügende Angaben der geltend gemachten Thatsachen ergänzt, und die Beweismittel bezeichnet, überhaupt alle für die Feststellung des Sachverhältnisses erhebliche Erklärungen abgegeben werden.

Noch mehr aber der für die anderen Prozesse geltende

§. 424.

> Bei der mündlichen Verhandlung hat der Vorsitzende dahin zu wirken, daß die Parteien über alle erheblichen Thatsachen sich vollständig erklären und die sachdienlichen Anträge stellen. Dies liegt ihm insbesondere ob, wenn die Unerfahrenheit einer Partei

eine mangelhafte Wahrnehmung der Rechte derselben besorgen läßt.

Hieraus folgt, daß der mit dem Inhalt der Schriftstücke aus seiner Vorbereitung zum Termine bekannte Vorsitzende dafür sorgen muß, daß ungenügende, insbesondere mit dem Inhalt der Schriftstücke im Widerspruch stehende mündliche Erklärungen bei der Verhandlung erörtert und berichtigt werden.

Wenn ferner nach dem §. 424 der Vorsitzende dahin wirken soll, daß die Unerfahrenheit einer Partei nicht zu einer mangelhaften Wahrnehmung ihrer Rechte führe, so liegt ihm auch ob, bei der mündlichen Verhandlung diejenigen ihm bereits bekannten schriftlichen Aufzeichnungen von Amtswegen zu erörtern, welche eine Partei zu ihren Gunsten mündlich nicht wieder geltend macht.

Gehen wir nun zur Beantwortung der Frage über, wie es gehalten werden soll,

wenn eine der Parteien ausbleibt, nachdem der Verklagte sich auf die Klage eingelassen hat?

so bestimmte der preußische Entwurf von 1864 im

§. 312:

Durch die Ueberreichung der Parteianträge an den Vorsitzenden des Gerichts wird der Rechtsstreit dergestalt kontradiktorisch, daß kein Versäumungsurtheil ergehen kann, auch wenn einer der Anwälte in der zur mündlichen Verhandlung der Sache anberaumten Sitzung nicht erscheint. Der Parteiantrag des nicht erschienenen Anwalts wird in einem solchen Falle auf Anordnung des Vorsitzenden vor oder nach dem mündlichen Vortrage des erschienenen und die Verhandlung beantragenden Anwalts von dem Gerichtsschreiber verlesen; mit der Verlesung gilt er als mündlich vorgetragen.

Im norddeutschen Entwurfe lauten

§. 450:

Wenn eine Partei in einem nach dem Schlusse der Hauptverhandlung zur mündlichen Verhandlung bestimmten Termine nicht erscheint, so ist eine von der erschienenen Partei vorgetragene neue Thatsache für zugestanden zu erachten und in Ansehung eines anderen neuen Vorbringens anzunehmen, daß die nicht erschienene Partei die Erklärung über dasselbe verweigert habe, sofern die neue Thatsache oder das andere neue Vorbringen in einem rechtzeitig mitgetheilten Schriftsatze der erschienenen Partei mitgetheilt war.

§. 451.

Ist die Mittheilung des Schriftsatzes unterblieben oder nicht rechtzeitig erfolgt, so ist ein neuer Termin zu bestimmen.

§. 452.

Das Urtheil, welches gegen die in einem nach dem Schlusse der Hauptverhandlung zur mündlichen Verhandlung bestimmten Termine nicht erschienene Partei erlassen wird, ist als ein Versäumnißurtheil nicht anzusehen.

Der neueste Entwurf schreibt dagegen vor:

§. 272.

Als Verhandlungstermine im Sinne der vorstehenden Paragraphen sind auch diejenigen anzusehen, auf welche die mündliche Verhandlung vertagt ist, oder welche zur Fortsetzung derselben vor der nach dem Erlaß eines Beweisbeschlusses dienen.

Danach würden also auch nach der Einlassung des Verklagten auf die Klage die §§. 270, 271 und 273 des neuesten Entwurfs zur Anwendung kommen.

I. Bleibt also der Kläger aus,

so hat dies nach §. 270 die Folge, daß er ohne Weiteres mit seiner Klage abgewiesen wird.

Es ist bereits oben ausgeführt, wie bedenklich diese Vorschrift ist. Wird aber dieselbe dahin sachgemäß abgeändert, daß angenommen wird, der Kläger nehme seine Klage zurück, so kann er durch sein späteres Ausbleiben die Vorschrift im §. 221 des neuesten Entwurfs leicht umgehen, welche lautet:

Die Klage kann ohne Einwilligung des Beklagten nur bis zum Beginn der mündlichen Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache zurückgenommen werden.

Dem Verklagten steht aber der Einspruch gegen das auf Zurücknahme der Klage lautende Versäumnißurtheil gar nicht zu, weil nach §. 278 des neuesten Entwurfs nur die Partei, gegen welche ein Versäumnißurtheil erlassen ist, den Einspruch gegen dasselbe einlegen darf. So würde also der Kläger die in Aussicht stehende, ihm ungünstige Entscheidung des Prozesses durch sein Ausbleiben gegen den Willen des Verklagten, leicht verhindern können.

II. Bleibt aber der Verklagte aus,

so soll dem §. 271 des neuesten Entwurfs entsprechend, das thatsächliche mündliche Vorbringen des Klägers als zugestanden angenommen,

und der Verklagte, soweit dasselbe den Klageantrag rechtfertigt, verurtheilt werden.

Man erwäge, dies soll auch von dem Falle gelten, wenn der Verklagte sich eingelassen, und bereits die Behauptungen des Klägers ganz oder theilweise bestritten hat.

Sollte diese Bestimmung in die deutsche Prozeßordnung übergehen, so würde also die geschichtliche Entwickelung unseres Civilprozesses folgenden Gang genommen haben:

1) im gemeinen deutschen Civilprozesse nahm man in Gemäßheit des §. 36 des jüngsten Reichsabschiedes an, der ausbleibende Verklagte bestreite den Inhalt der Klage. Man wählte den schonendsten Ausweg, um den Verklagten nicht ungerechterweise in Nachtheil zu versetzen. Weil dies aber zur Verschleppung der Prozesse führte, ging man im

2) preußischen Civilprozeß einen Schritt weiter, und nahm an, der Verklagte habe alles das zugestanden, was er nicht bestritten hat, denn es bestimmt §. 9 der Verordnung vom 21. Juli 1846:

> Bei der Kontumazialverhandlung werden alle streitigen, von den Nichterschienenen angeführten, mit Beweismitteln nicht unterstützten Thatsachen für nicht angeführt, so wie alle von dem Ausbleibenden vorzulegenden Urkunden als nicht beigebracht erachtet, alle von dem Gegentheil angeführten Thatsachen aber, denen noch nicht ausdrücklich widersprochen worden ist, für zugestanden, ingleichen die von dem Gegentheil beigebrachten Urkunden für rekognoscirt angesehen.

Diese Kontumazialfolge entspricht dem §. 193 des neuesten Entwurfs, wonach die Versäumung nur die Folge haben soll, daß die Partei mit der vorzunehmenden Prozeßhandlung ausgeschlossen wird.

3) Der neueste Entwurf will aber an das Ausbleiben des Verklagten sogar die Folge knüpfen, daß selbst diejenigen Behauptungen des Klägers, welche der Verklagte bereits bei seiner Einlassung auf die Klage ausdrücklich bestritten hat, als zugestanden gelten. Der Richter soll also gegen sein besseres Wissen handeln. Durch eine Fiktion des Gesetzes wird die Affirmative an die Stelle der Negative gesetzt.

Der Entwurf geht mit dieser Fiktion über den im §. 193 desselben aufgestellten richtigen Grundsatz hinaus. Er verstößt aber nicht nur theoretisch gegen die Gerechtigkeit, auch bei seiner Anwendung würden sich in der Praxis die erheblichsten Uebelstände herausstellen:

Der §. 272 des neuesten Entwurfs berücksichtigt nicht,

1) daß im Laufe des Verfahrens der Kläger nicht selten seine

Anträge ändert, oder sie theilweise zurücknimmt, auch die Unrichtigkeit von Thatsachen zugiebt, auf welche sich seine Anträge stützen.

Soll in diesem Falle der erkennende Richter an der Klage festhalten, so würde er unbedingt sachwidrig entscheiden.

Wenn also dennoch der Kläger mündlich bei dem Inhalte der Klage bleibt, und die in den Parteischriften und den Audienzprotokollen bezeugten ihm ungünstigen Umstände verschweigt, so ist es Pflicht des erkennenden Richters, diese ihm in Folge seiner Vorbereitung aus den Schriftstücken bekannten Umstände bei der mündlichen Verhandlung zur Erörterung zu bringen, und unter deren Beachtung das Erkenntniß abzufassen.

2) Ebenso ist es in Betreff der vom Kläger zugestandenen Einreden des Verklagten zu halten, welche der Kläger bei seinem mündlichen Vortrage nicht erwähnt. Oder soll den §§. 271 und 272 des neuesten Entwurfs entsprechend der Richter den Verklagten auch zur Zahlung desjenigen eingeklagten Theils der Forderung verurtheilen, dessen Berichtigung der Kläger inhalts eines früheren Sitzungsprotokolls bereits anerkannt hat?

3) Der neueste Entwurf bestimmt im §. 307:

> Wenn eine Partei oder beide Parteien in dem Termine zur Beweisaufnahme nicht erscheinen, so ist die Beweisaufnahme gleichwohl insoweit zu bewirken, als dies nach Lage der Sache geschehen kann.

Dies steht aber mit den §§. 271 und 272 des neuesten Entwurfs im Widerspruche, weil danach der Kläger in jedem späteren Termine verlangen kann, daß der Verklagte ohne Weiteres nach dem Klageantrage verurtheilt werde. Wozu dann also noch eine Beweisaufnahme?

4) Dasselbe Verlangen kann der Kläger stellen, wenn der Verklagte nach erfolgter Beweisaufnahme im Termine zur mündlichen Verhandlung nicht erscheint. Der Verklagte müßte also z. B. zur Zahlung der eingeklagten Summe verurtheilt werden, auch wenn durch die erfolgte Beweisaufnahme vollständig festgestellt ist, daß er sie dem Kläger bereits bezahlt hat.

Man sieht, zu welchen sachwidrigen Entscheidungen der §. 272 des neuesten Entwurfs führen würde.

Ganz zweckmäßig bestimmt daher §. 370 Abs. 2 der hannöverischen Prozeßordnung:

> Insoweit eine Partei bereits mündlich verhandelt hat, ergreift das Ungehorsamsurtheil lediglich dasjenige fernere Vorbringen, wozu sie berechtigt bez. verpflichtet war.

In seiner Ausgabe dieser Prozeßordnung (4. Auflage S. 256) bemerkt Dr. Leonhardt hierzu:

Die reine Konsequenz würde auf Nichtberücksichtigung des mündlichen Vorbringens führen. Diese Behandlung würde auch nicht eben erhebliche Bedenken gegen sich haben: denn die scheinbare Härte würde einfach gehoben durch den, einer besonderen Begründung nicht bedürfenden Einspruch, welche den Rechtsstreit in die frühere Prozeßlage zurückversetzt. Im §. 370 sei die entgegengesetzte Ansicht gebilligt, welche der natürlichen Anschauung der Verhältnisse gemäß, in den meisten Fällen die Sache einfacher und dem praktischen Bedürfnisse entsprechender erledigen werde. Daneben verstehe es sich jedoch von selbst, daß dies nur zulässig sei, wenn das Gericht in der späteren Sitzung durch dieselben Personen gebildet wird, welche in der früheren Sitzung fungirten, denn sei dieses nicht der Fall, so existire die frühere Verhandlung für das Gericht in seiner späteren Gestalt nicht mehr.

Diese letzte Behauptung findet indeß in dem §. 370 der hannöverischen Prozeßordnung keinen Anhalt. In der That kömmt es auch nicht darauf an, was die früheren Richter bei der früheren Verhandlung gehört haben. Sonst muthete man dem Gedächtniß der Richter Unmögliches zu. Vielmehr können die erkennenden Richter nur das ihnen vom Kläger mündlich Vorgetragene, sowie das, mit demselben unter Berücksichtigung des Inhalts der Schriftstücke vor ihnen mündlich Verhandelte bei der Entscheidung berücksichtigen. Der Erschienene muß die Sachlage natürlich vollständig vortragen. Nimmt der mit dem schriftlichen Material vertraute Richter wahr, daß bei dem Vortrage erhebliche Umstände fortgelassen oder unrichtig angegeben sind, so muß dies mündlich erörtert und danach erkannt werden.

Aber auch die Annahme ist nicht begründet, daß

der Einspruch

ein untrügliches Mittel sei, um die Mißstände und Härten zu beseitigen, welche die besprochenen Bestimmungen des neuesten Entwurfs hervorrufen würden.

Es erinnert diese Annahme an die bei der Berathung des preußischen Strafgesetzbuchs oft ausgesprochene Ansicht, die Härten des Strafgesetzbuchs würden im Wege der Begnadigung ihre Beseitigung finden.

So wenig jedoch die Begnadigung den Zweck hat, die im Strafgesetzbuch selbst liegenden Härten zu beseitigen, eben so wenig darf die Prozeßordnung an die Versäumniß ungerecht harte und sachwidrige

Folgen in der Erwartung knüpfen, daß sie durch den Einspruch zu beseitigen sind. Der Gesetzgeber zwingt sonst die Parteien zu einem unnützen Aufwand von Zeit und Geld.

Wir haben indeß bereits gesehen, wie der Verklagte beim Ausbleiben des Klägers benachtheiligt wurde, ohne und dagegen nicht einmal der Einspruch zustehen würde. Indeß ist auch der Erfolg für die Partei, welcher der Entwurf den Einspruch gestattet, nicht so untrüglich, als man annimmt.

Ueber die Frist zur Einlegung des Einspruchs bestimmen im neuesten Entwurf

§. 279.

Die Einspruchsfrist beträgt zwei Wochen; sie ist eine Nothfrist und beginnt mit der Zustellung des Versäumnißurtheils .....

§. 286.

Auch nach dem Ablauf der Einspruchsfrist findet der Einspruch statt, wenn die Partei durch Naturereignisse oder andere unabwendbare Zufälle an der zeitigen Einlegung des Einspruchs verhindert worden ist. Als unabwendbarer Zufall ist es anzusehen, wenn die Partei von der Zustellung des Versäumnißurtheils ohne ihr Verschulden keine Kenntniß erlangt hat.

Nun lehrt doch die tägliche Erfahrung, wie oft so kurze Fristen, wie die im §. 279 gesetzten, durch ein geringes Versehen der Partei versäumt werden. Am häufigsten wird aber die Frist in den vor das Amts- und Handelsgericht verwiesenen Prozessen versäumt, in welchen die rechtsunkundigen Parteien ihre Rechte selbst wahrnehmen, denn die wenigsten wissen von dem Laufe dieser gefährlichen Frist, sie übersehen auch wohl die Stunde des Termins, werden durch andere dringende Geschäfte abgehalten u. s. w. Ebenso wenig bekannt ist ihnenin der Regel die Form, die sie dem Einspruch geben müssen. Darüber sagt der neueste Entwurf im

§. 280.

Die Einlegung des Einspruchs erfolgt durch Zustellung eines Schriftsatzes. Derselbe muß enthalten:

1) die Bezeichnung des Urtheils, gegen welches der Einspruch gerichtet wird;
2) die Erklärung, daß gegen dies Urtheil Einspruch eingelegt werde;

3) die Ladung des Gegners zur mündlichen Verhandlung über die Hauptsache.

Der Schriftsatz soll zugleich dasjenige enthalten, was zur Vorbereitung der Verhandlung über die Hauptsache erforderlich ist.

§. 281.

Das Gericht hat von Amtswegen zu prüfen, ob der Einspruch an sich statthaft, und ob er in der gesetzlichen Form und Frist eingelegt sei. Fehlt es an einem dieser Erfordernisse, so ist der Einspruch als unzulässig zu verwerfen.

Die Unbekanntschaft mit diesen Formvorschriften wird zur Folge haben,

1) daß die Parteien nicht den vorgeschriebenen Ausdruck „Einspruch" gebrauchen, sie werden auch nicht immer
2) mit dem Gesuche um Restitution die Ladung verbinden, oder
3) nicht das zur Vorbereitung der weiteren Verhandlung Nöthige anführen.

Ehe sie aber auf diese Mängel vom Gericht aufmerksam gemacht worden, ist die 14tägige Frist verstrichen, und das Versäumungsurtheil unangreifbar.

Man sieht, wie prekär das Rechtsmittel des Einspruchs in den Händen der Rechtsunkundigen ist, denen es doch hauptsächlich zu Gute kommen soll, und wie der Gesetzgeber fehlgreift, wenn er im Vertrauen auf die Untrüglichkeit dieses Rechtsmittels ungerecht harte Folgen an das Versäumen eines Termins knüpft.

Der neueste Entwurf will durch diese ungerechten Härten die Parteien indirekt zwingen, daß sie ihre Erklärungen vor dem erkennenden Richter mündlich vorbringen. Er schädigt aber auch diejenigen, welche den Willen haben, im Termine zu erscheinen, ihn indeß aus Versehen versäumen.

Aber in wessen Interesse soll denn eigentlich dieser Zwang, dem Richter mündlichen Vortrag zu halten, ausgeübt werden? Doch nicht in dem Interesse der Parteien. Beneficia non obtruduntur.

Daß der Zwang nicht zur Bequemlichkeit der Richter dienen soll, um sie des Lesens der Schriftstücke zu überheben, vielmehr der Entwurf den Richter befähigt und verpflichtet sich mit dem Inhalte des schriftlichen Prozeßmaterials bekannt zu machen, und ihn gehörig zu benutzen, das haben wir bereits oben gesehen. Wozu also dieser Zwang, der nur zu ungerechten Härten führt.

Deshalb dürfte der §. 370 der hannöverischen Prozeßordnung an die Stelle des §. 272 im neuesten Entwurfe zu setzen sein.

Endlich würde sich auch in den vor den Amts- und Handelsgerichten von den Parteien selbst zu verhandelnden Prozessen die Verwarnung nach dem Verfahren des neuesten Entwurfs leicht durchführen lassen.

Nach dem §. 419 dieses Entwurfs soll nämlich, wenn in diesen Prozessen die Klage bei Gericht angebracht ist, nachdem der Termin zur mündlichen Verhandlung bestimmt worden, der Gerichtsschreiber für die Zustellung Sorge tragen, sofern der Kläger nicht erklärt hat, daß er dies selbst thun wolle.

Man braucht es also nur zur Regel zu machen, daß der Gerichtsschreiber die Klage zustellen läßt, und derselben ein gedrucktes Formular beilegt, welches die Verwarnung enthält:

> daß wenn beide Theile zur bestimmten Stunde nicht erscheinen, angenommen wird, der Kläger nehme die Klage zurück. Wogegen, wenn nur eine Partei nicht erscheint, oder sich nicht auf die Sache einläßt, die andere das Versäumnißverfahren beantragen kann, bei welchem alle streitigen, von dem Nichterschienenen angeführten, mit Beweismitteln nicht unterstützten Thatsachen für nicht angeführt, sowie alle von dem Ausbleibenden vorzulegenden Urkunden als nicht beigebracht erachtet, alle vom Gegentheil angeführten Thatsachen aber, denen noch nicht ausdrücklich widersprochen ist, für zugestanden, ingleichen die von dem Gegentheil beigebrachten Urkunden für rekognoscirt angesehen werden.

Dieselbe Verwarnung wäre in die Ladungsurkunde aufzunehmen, dies auch im §. 420 des neuesten Entwurfs zu sagen sein, wenn diesem Paragraphen entsprechend die Klage ohne Vermittelung des Gerichtsschreibers mittelst Zustellung einer Ladungsurkunde durch den Gerichtsvollzieher erhoben werden soll.

II.

Zum Entwurfe der deutschen Civilprozeßordnung.

I. Die Lehre von den Versäumnißurtheilen.

Von Herrn Rechtsanwalt Sabarth in Ratibor.

Der neunte deutsche Juristentag hat sich bezüglich des neuen deutschen Prozeßentwurfes nur mit den demselben zu Grunde liegenden Prinzipien im Allgemeinen beschäftigen können und seine Beschlüsse, welche überall theils mit einer an Einstimmigkeit grenzenden, mindestens aber mit überwiegender Majorität vereinbart sind, werden durch den noch bevorstehenden Druck der Verhandlungen ihre Rechtfertigung finden.

Die Beurtheilung einzelner Abschnitte und Bestimmungen bleibt nun weiterhin der wissenschaftlichen Besprechung vorbehalten. Und wie vorzüglich und wohlgelungen auch der Entwurf im Ganzen, wie blendend namentlich der beigefügte Rechtfertigungsbericht auch ist, so dürften doch bei manchen Einzelbestimmungen Meinungsverschiedenheiten übrig bleiben und Abänderungsvorschläge erlaubt sein.

Die allermeisten Bedenken — unter Juristen und unter Laien — streiten gegen die Behandlung, welche die Lehre von den Rechtsmitteln gefunden hat.

Die Frage über die Berufung überhaupt ist schon vom Juristentage einer eingehenden, aber nur prinzipiellen Beurtheilung unterstellt worden. Danach bleiben noch einzelne, nicht dorthin gehörige Bedenken zu erörtern. Betrachten wir hier die Behandlung der Versäumnißurtheile.

Beim Ausbleiben des Beklagten ist die Annahme der affirmativen Litiskontestation statuirt. Abgesehen hiervon aber ist die Behandlung übrigens dem Prinzipe des französischen Prozesses nachgebildet; der (außerordentliche) Einspruch findet jedoch nicht bis zur Urtelsvollstreckung, sondern nur 2 Jahre lang Statt. Dies dürfte wohl genügen.

Weiterhin aber ist der Grundsatz contumax non appellat bis zur äußersten Konsequenz angenommen. Dies scheint uns nicht nothwendig

und anscheinend auch nicht praktisch. Der §. 431 des Entwurfs bestimmt:

„Ein Versäumnißurtheil kann von der Partei, gegen welche es erlassen ist, mit der Berufung nicht angefochten werden.“ — —

Hierbei kann erstens ein Zweifel darüber entstehen: ob auch der in contumaciam abgewiesene Kläger keine Berufung haben soll? Ist das Urtheil qu. für den Kläger kein Kontumazialurtel und warum etwa blos für den Beklagten? ein kontradiktorisches ist es in keinem Falle. Der Wortinhalt des §. 437 wird also dahin führen, daß auch der abgewiesene Kläger zur Berufung nicht zu verstatten wäre. Einspruch, welcher naturgemäß nur gegen die Folgen des Ausbleibens gerichtet ist, kann doch nicht von dem Erschienenen eingelegt, von diesem kann nicht Restitution verlangt werden. Dann hat also der durch Versäumnißurtheil, d. i. aus Rechtsgründen, abgewiesene Kläger gar kein Rechtsmittel, und das scheint denn doch ebensowenig annehmbar, als es mit den sonstigen Prinzipien des Entwurfes übereinstimmt.

Wäre aber etwa die Absicht, den abgewiesenen Kläger nicht von der Berufung auszuschließen — als wozu in der That kein Grund zu erkennen ist — so dürfte eine Aenderung in der Redaktion des §. 431 nothwendig sein.

Betrachten wir nun aber die anderseitige Frage: Warum soll denn auch der Beklagte, der im Prozesse ausgeblieben ist — weil beim Versäumnißverfahren nur das thatsächliche Vorbringen des Klägers für zugestanden gilt und er das vielleicht nicht bestreiten will, — nicht appelliren dürfen, wenn der Instanzrichter aus den festgestellten Thatsachen falsche rechtliche Folgerungen gezogen und den richtigen Rechtspunkt übersehen hat? Das unter dem Namen „Revision“ eingeführte Kassationsmittel ist gegen Urtheile der Amtsgerichte überhaupt nicht, also gewiß nicht gegen die von einem solchen erlassenen Versäumnißurtheile zulässig. Ob es gegen die Versäumnißurtheile, die vom Landgerichte gesprochen, zugelassen wird, scheint nach dem Entwurfe zweifelhaft und dürfte im bejahenden Falle einer ausdrücklichen Erwähnung werth sein, darum ebenfalls eine Aenderung in der Redaktion empfehlen.

Aber wenn der Rechtfertigungsbericht für den Entwurf auch die Rücksicht als maßgebend bezeichnet, daß zum Zwecke einer möglichen Gehaltsverbesserung der Beamten die Zahl ihrer Geschäfte durch die Justizverwaltung verringert werden müsse; so wird dieser Zweck nicht erreicht, insofern auch der, aller behaupteten Thatsachen geständige Beklagte sich nicht dem Rechtsurtheile des Instanzrichters vertrauen darf, sondern jedenfalls auf die kontradiktorische Verhandlung aller Prozesse

sich einlassen muß, wenn er nicht der Gefahr eines richterlichen Rechtsirrthums schutzlos ausgesetzt sein will. Muß er nun aber, bevor er appelliren kann, durchaus vorerst den Einspruch einlegen, obwohl er die ihm nachtheilige Rechtsansicht des Richters bereits kennt, so wird die Menge der Gerichtsgeschäfte dadurch größer, als wenn die Rechtsansicht des Instanzrichters alsbald mit der ordentlichen Berufung zur Kognition und Remedur des oberen Gerichtes gebracht werden darf, und das ohne praktischen Nutzen für die Parteien. Denn darauf, daß die einmal im Versäumnißurtheile ausgesprochene und publizirte Rechtsansicht des Gerichtes erster Instanz durch die Parteivorträge geändert und verbessert werde, wird keine Partei wohl so leicht rechnen können; es wäre das auch eine Unterstellung, welche die Aufrechthaltung der richterlichen Würde nicht gerade fördern würde.

Außerdem streiten alle sonstigen Rücksichten, welche im Uebrigen für die Berufungsinstanz und deren Zulassung überhaupt gelten, ebenso auch für die Anfechtung der Versäumnißurtheile. Jene allgemeinen Rücksichten mögen einer abgesonderten Zusammenstellung und Würdigung vorbehalten bleiben.

Hier sollen nur diejenigen Gründe der Abschaffung unbedingter Berufung erörtert werden, welche im Rechtfertigungsberichte speziell gegen die Zulassung einer Berufung von den Versäumnißurtheilen aufgestellt sind.

Dahin gehört vornehmlich die Behauptung, daß die Berufung quoad facta mit dem Prinzip der Mündlichkeit des Verfahrens unvereinbar sei, eine Behauptung, welche zwar vielen Schein für sich hat, in Wahrheit aber doch erst noch des Beweises bedarf, und welche schon durch die zugelassene Berufung von den Urtheilen der Amtsgerichte im Entwurfe mit sich selbst in Widerspruch geräth.

Auf die eigentliche Prozeßverhandlung, d. i. die Prozedur, worin die Parteien ihren Rechtsstreit unmittelbar dem Richter erzählen, kann die behauptete Unvereinbarkeit wohl kaum bezogen werden, da absolut nicht einzusehen ist, warum solcher mündlicher Vortrag blos an den einen Richter und nicht an den andern erfolgen könnte. Ebensowenig paßt sie auf die Prüfung des Urkundenbeweises, sowie auf die Auslegung von Verträgen, Testamenten und anderen Willenserklärungen; alles dieses aber schließt aus dem angeführten Unvereinbarkeitsgrunde der Entwurf von der Beurtheilung des zweiten Richters aus, da in einer falschen Auslegung, d. i. in der irrthümlichen Annahme einer faktischen Willensintention, ganz sicher nicht die Verletzung einer „Rechtsnorm“ zu finden sein wird. Und doch ist solches Material in der Mehrzahl

von Civilprozessen die Grundlage für die Entscheidung auch in ihrem faktischen Theile.

So könnte dem aus der Mündlichkeit des Verfahrens hergeleiteten Bedenken eine Berechtigung nur allenfalls in Bezug auf die Prüfung des vor dem erkennenden Instanzrichter aufgenommenen Zeugenbeweises zugestanden werden.

Allein bei der voraussichtlichen Größe der Gerichtssprengel, welche die Landgerichte werden haben müssen, werden die Fälle der kommissarischen Zeugenvernehmung „wegen weiter Entfernung“ ohne Zweifel die überwiegende Mehrzahl bilden; und die in solchem Falle nothwendige Verlesung der Zeugenaussagen kann denn doch ebenso füglich an den Richter zweiter, wie an denjenigen erster Instanz stattfinden. Und auch bei der Zeugenvernehmung „vor dem erkennenden Richter“ wird man in Civilprozessen die Aufnahme von Protokollen über die beeidete Aussage der Zeugen nicht entbehren können, wenngleich der Entwurf dies nicht vorschreibt. Im andern Falle würde es einerseits dem Gedächtnisse der Richter denn doch zuviel zumuthen heißen, sich z. B. bei einem weitläufigen Verjährungsbeweise lediglich auf die Erinnerung zu verlassen; die einzelnen Aeußerungen der Zeugen können auch von verschiedenen Richtern resp. Beisitzern verschieden aufgefaßt werden, soll aber der Richter darauf angewiesen sein, sich aus den Aussagen Notizen zu machen d. h. aufzuschreiben, so wäre damit ja wieder eine, nur sehr unverläßliche, Schriftlichkeit eingeführt und das ist ja, was der Entwurf zu allermeist vermeiden will. Andererseits wird, ohne Protokollirung der Zeugenaussagen, niemals ein Zeuge meineidig gemacht werden, die restitutio ex falsa causa dieserhalb, obgleich im Prinzipe als nothwendig anerkannt, ausgeschlossen. Der ohnehin schon angefochtene und in anderen Systemen sogar theilweise abgeschaffte oder sehr eingeschränkte Zeugenbeweis würde vollends alle Sicherheit und Verlaßbarkeit, für den erkennenden Richter wie für die Parteien, verlieren.

Werden nun — wie ohne Schaden des Mündlichkeitsprinzipes geschehen kann — die Zeugenaussagen protokollirt, so bleibt es dem zweiten Richter auch im Civilprozesse möglich, wenn er es will, die Beweisverhandlungen sich vorlesen zu lassen und so die Beweisaufnahme zu reproduziren.

Vertrüge aber das Prinzip des mündlichen Verfahrens absolut keinerlei Schriftlichkeit, auch nicht die Protokollirung der Zeugenaussagen, so müßte man fragen, warum wird denn hinterdrein erst noch ein schriftliches Erkenntniß abgesetzt und faktisch wie rechtlich motivirt? Im Schwurgerichtsverfahren, das seiner Natur nach freilich blos münd-

lich sein kann, geben die Geschworenen auch kein schriftliches motivirtes Urtheil, sondern nur den simplen Wahrspruch auf Nichtschuldig. Ein solches, für die Verwickelungen und Schwierigkeiten der Civilprozesse allerdings ungeeignetes Verfahren ist auch in dem Entwurfe nicht beliebt. Dem Prinzipe des mündlichen Verfahrens, wie es vom Entwurfe eingeführt wird, und seinem Zwecke, das Richteramt bestens zu informiren, würde die Protokollirung der angehörten Zeugenaussagen nicht schädlich sein, und dadurch die Zulassung der zweiten Instanz auch in dieser Beziehung unzweifelhaft möglich bleiben.

Bei der hier speziell in Rede gestellten Anfechtung der Versäumnißurtheile kann indessen das angebliche, aus der Unmöglichkeit einer Beweisprüfung entnommene Bedenken gerade niemals ein Hinderniß sein, weil beim Versäumnißverfahren keine Beweisaufnahme stattfindet.

Die im Begründungsberichte zum „Entwurf" ausgesprochene Besorgniß vor der Möglichkeit, daß die Parteien könnten das Gericht erster Instanz übergehen wollen, vermögen wir nicht als so wichtig zu erkennen, und würden darin kaum eine wirkliche Verletzung des „öffentlichen Interesses" finden. Inzwischen ist jene Besorgniß durch die seitherigen Erfahrungen in Deutschland unter der Herrschaft der bis jetzt geltend gewesenen Gesetze in keiner Weise gerechtfertigt, die durch den Kostenpunkt eintretenden Nachtheile haben gegen solchen Mißbrauch genügend geschützt.

Wir verhehlen uns nicht, daß es oft schwierig, oft geradehin unmöglich ist, einem großen Gesetzeswerke, welches wie der vorliegende Entwurf aus einem in strenger Logik zusammenhängenden Gusse hervorgegangen ist, singuläre Abänderungen ohne Schädigung des Ganzen einzufügen. Die Fälle von Versäumnißurtheilen sind auch nicht die häufigsten; allein sie müssen doch ebenfalls vom Gesichtspunkte der möglichsten Gerechtigkeit betrachtet und behandelt werden. Die in Vorstehendem als Erfordernisse absoluter Gerechtigkeit, und darum als wünschenswerth bezeichneten Aenderungen können ohne Schädigung des ganzen Gesetzes leichtlich im „Entwurfe" bewirkt werden:

durch einfache Streichung des §. 431.

III.
Die Advokatur in Württemberg.

Von Herrn Rechtsanwalt Dr. Göz in Stuttgart.

Bis zur Gründung des deutschen Reichs knüpften sich zwischen der norddeutschen und württembergischen Rechtswissenschaft nur vereinzelte Verbindungsfäden, meist persönlicher Natur. Wohl schickte Württemberg im Verein mit anderen deutschen Staaten seine Abgeordneten auf die Konferenzen für die Ausarbeitung deutscher Entwürfe, wohl stellte Schwaben ein ansehnliches Kontingent zu den Sitzungen des deutschen Juristentages; die Verschiedenheit der positiven Rechte aber, welche nur in der Theorie durch die Gemeinschaftlichkeit des geschichtlichen Hintergrundes zusammengehalten wurden, lenkte die juristischen Leistungen der Rechtspraxis beider Gebiete in besondere Bahnen, schuf der literarischen Thätigkeit, welche übrigens in Württemberg in den letzten Jahrzehnten ziemlich brach lag, im Norden und im Süden gesonderte Organe in verschiedenen Zeitschriften, von welchen die norddeutschen nur spärlichen Eingang in Württemberg fanden, die württembergischen nur ausnahmsweise die heimischen Grenzpfähle überschritten. Die durch den Art. 4 der deutschen Reichsverfassung vorgesehene Rechtsgemeinschaft hat die Aufhebung dieser Isolirung zur naturnothwendigen Folge; die verjüngte deutsche Rechtsgemeinschaft läßt eine Belebung der rechtswissenschaftlichen Bestrebungen hoffen, welche da und dort bei der allzu knappen Begrenzung des Geltungsgebiets des positiven Rechts und unter dem mehr oder minder bewußten Gefühl der vorübergehenden Dauer dieser Beschränkung erstarrten; sie fordert jedenfalls zu einer den Gesichtskreis erweiternden vergleichenden Prüfung der Rechtsgebiete auf, welche durch die ihnen in Aussicht gestellte neue einheitliche Regulirung in eine wohlthätige Gährung gerathen sind.

Die Ziffer 13 des Art. 4. der deutschen Reichsverfassung unterstellt der Reichsgesetzgebung neben anderen Angelegenheiten das gerichtliche Verfahren; dieses begreift die Aufstellung und Einrichtung der mit der

Verwaltung der Rechtspflege betrauten Organe in sich; zu diesen Organen gehören nicht nur die Gerichte, für welche eine einheitliche Organisation nicht zu bezweifeln ist, sondern auch die Rechtsanwälte; die wahre Einheitlichkeit und harmonische Handhabung des deutschen Civil- und Strafprozesses setzt eine mindestens theilweise gleichmäßige Regelung der deutschen Advokatur voraus. Als unabweisbares Bedürfniß ergibt sich daher — von sonstigen politischen Gründen abgesehen — schon aus der Gemeinschaft des gerichtlichen Verfahrens die Forderung einer gemeinsamen deutschen Anwaltordnung.

Diese Erwägung mag den nachfolgenden Notizen als Rechtfertigung dienen.

1. Die Voraussetzungen für die Ausübung der Advokatur.

Die Rechtsanwälte in Württemberg theilen sich in zwei Klassen, die sog. Prokuratoren und die sog. Rechtskonsulenten; diese Unterscheidung hatte unter der Herrschaft des nunmehr aufgehobenen Verfahrens eine tiefgreifende praktische Bedeutung: die Prokuratoren waren bei dem Obertribunal oder einem bestimmten Gerichtshof in der Art angestellt, daß ihnen im Prinzip ausschließlich die Ausübung der Advokatur bei dem betreffenden Gericht überlassen war; daneben gestattete man jedoch den Prokuratoren eines andern Gerichtshofs und den Rechtskonsulenten, bei den höheren Gerichten mit dem Namen des Verfassers versehene Prozeßschriften einzureichen, sofern sie nur die gegen eine taxmäßige Gebühr zu erreichende Unterschrift eines angestellten Prokurators trugen, welcher dadurch die Verantwortlichkeit für die Eingaben in Beziehung auf Form und Anständigkeit übernahm; die Rechtskonsulenten waren ohne Lokalisirung auf die selbständige Praxis bei den Oberamtsgerichten beschränkt. Seit der am 1. Februar 1869 verwirklichten, mit einer theilweisen Aenderung der Gerichtsverfassung verbundenen Einführung einer neuen Civil- und Strafprozeßordnung ist der alte Unterschied mit seinen praktischen Konsequenzen auf das durch die Prozeßreformen nicht berührte, sehr alterthümliche ehegerichtliche Verfahren beschränkt, und so beim großen Publikum zugleich mit der früheren Nomenklatur fast in Vergessenheit gerathen. Die „öffentlichen Rechtsanwälte" der neuen Civilprozeßordnung sind, frei von jeder gesetzlichen Lokalisirung, zur Ausübung der Advokatur bei allen württembergischen Gerichten berechtigt; daneben werden ausländische Anwälte nach Maßgabe des völkerrechtlichen Grundsatzes der Gegenseitigkeit zugelassen.

Die Ausübung der Advokatur setzt voraus:

1) Die Erstehung der beiden höheren Justizdienstprüfungen. Für die erste dieser Prüfungen, welche den Zielpunkt und Schlußstein des akademischen Studiums bildet, ist eine vorgängige dreijährige Studienzeit vorgeschrieben; sie wird aber in neuerer Zeit, wo die umfassenden Ergebnisse der historischen Schule alle Zweige der Rechtswissenschaft überfluthet haben, und früher gar nicht oder wenig beachtete Disziplinen mehr in den Vordergrund getreten sind, ohne daß in entsprechendem Maße der zur Tradition gewordene antiquarische Ballast über Bord geworfen worden wäre, regelmäßig auch von den strebsamen und begabten Jüngern der Themis erst nach Verfluß des quadriennium oder quinquennium gewagt. Allerdings werden auch unseres Wissens hier an die Examinanden durchschnittlich strengere Anforderungen gestellt, als sonst bei den deutschen juristischen Universitätsabgangsprüfungen, obwohl diese Anforderungen in neuester Zeit unter der Einwirkung eines fühlbaren Mangels an jüngeren Kräften, zwar nicht soweit sie die Erlangung einer besseren Note bedingen, wohl aber soweit sie den Zugang in die unterste Klasse der Prädizirung ermöglichen, nachgelassen zu haben scheinen. Die zweite praktische Dienstprüfung, deren Erstehung sofort ohne weitere Vorbereitung die Befähigung zur Ausübung der Advokatur so gut wie zur Erlangung eines Richteramts verleiht, folgt auf die erste regelmäßig nach Ablauf einer reichlich bemessenen Jahresfrist, während welcher der angehende Praktiker, Justizreferendär II. Klasse genannt, drei Monate bei einem Bezirksgericht, zwei bei einem Gerichtsnotariat und sieben bei einem Kreisgerichtshof beschäftigt ist mit der Aufgabe, innerhalb dieses Dienstprobejahrs einen die Selbstthätigkeit ermöglichenden Einblick in den niederen und höheren Kanzleidienst, das Straf-, Civil- und Gantverfahren, die Geschäfte der freiwilligen Gerichtsbarkeit und der Staatsanwaltschaft, kurz in das Gesammtgetriebe der Rechtsverwaltung zu gewinnen, — eine Anmuthung, welcher unstreitig selbst eine außergewöhnliche Begabung in Verbindung mit einem eisernen Fleiß nicht vollständig genügen kann. Neuerdings scheint das Justizministerium den auffälligen Mißstand, daß Leute, welche für die Rechtspraxis überhaupt ungenügend, für Advokatur-Geschäfte gar nicht vorbereitet sind, trotzdem dem hilfsbedürftigen Publikum unter staatlicher Autorität als qualifizirt vorgestellt werden, gefühlt zu haben; ein im Frühjahr 1870 den Gerichten und Rechtsanwälten des Landes zu vertraulichen gutächtlichen Aeußerungen mitgetheilter, inzwischen übrigens ad acta gelegter Entwurf einer württembergischen Anwaltordnung verlangt neben der Erstehung der Dienstprüfung eine zweijährige Vorbereitung bei Staatsstellen oder einem Anwalt.

2) Die königliche Ermächtigung.

Die Bewerber haben sich mit ihrem Gesuch um Zulassung zur Advokatur an das Justiz-Ministerium zu wenden, welches hierauf nach Vernehmung des Kreisgerichtshofs, in dessen Sprengel der Petent seinen Wohnsitz nehmen will, die königliche Entschließung über das Gesuch einzuholen hat. Die Zugelassenen werden in die Matrikel eingetragen, von welcher bei jedem Gerichtshof ein Exemplar aufzubewahren ist, und bei dem Gerichtshof ihres Kreises eidlich verpflichtet.

Ist so auch das von der gegenwärtigen Reformagitation an die Spitze gestellte Postulat der „freien Advokatur" in Württemberg gesetzlich nicht sanktionirt, so muß doch konstatirt werden, daß bei der Nichtexistenz eines numerus clausus und bei der geringen Anziehungskraft, welche die Advokatur in Vergleichung mit dem Richteramt auf den juristischen Nachwuchs ausübt, die königliche Entschließung, weil stets gewährend, fast zu einer bloßen Formalität geworden ist, und der Zutritt zur Advokatur thatsächlich zur Zeit Jedem freisteht, welcher die gesetzlichen Vorbedingungen erfüllt hat.

2. Die rechtliche Stellung des Anwaltstands.

Die Rechtsanwälte sind in Württemberg zwar nicht „Staatsdiener" im Sinn der Dienstpragmatik, wohl aber „öffentliche Diener" im Sinn des Strafgesetzbuchs, das in ausgedehnterem Maße als das Strafgesetzbuch des deutschen Bundes eine Reihe von Verletzungen ihrer Berufspflichten mit krimineller Strafe bedroht. Die Uebernahme eines besoldeten Staatsamts ist mit der Advokatur unvereinbar, dagegen nicht die Ausübung des Berufs der immatrikulirten Notare; auch kann ein Advokat ein Korporations- oder Gemeindeamt im Fall der Einwilligung des Justizministeriums bekleiden, welche nur verweigert werden soll, wenn die Verrichtungen des Nebenamts nach ihrem Inhalt mit der Ausübung der Advokatur unverträglich sind oder dieselbe nach ihrem Umfang beeinträchtigen: das im Jahre 1869 ausgegebene Hof- und Staatshandbuch zählt unter 225 Rechtsanwälten acht auf, welche zugleich das Amt eines Ortsvorstehers versehen, ohne dadurch gesetzlich selbst innerhalb ihres Gemeindebezirks an der Ausübung der Advokatur verhindert zu werden, und sechs, welche zugleich in die Notariatsmatrikel eingetragen sind.

Eine allgemeine, die Amtsführung der Anwälte nach allen Richtungen kontrolirende Disziplinargewalt ist den Gerichten nicht zugewiesen, wohl aber unterstehen die Anwälte in Betreff ihrer gerichtlichen Funktionen in gleicher Weise wie die Parteien der korrektionellen Strafgewalt des jeweiligen kognoscirenden Gerichts, welche sich in Geld- und Gefängniß-

strafen, ja abnormer Weise nach dem Gerichtsgebrauch unter Umständen selbst in der Suspension von der Praxis äußert.

Für den Fall einer Abwesenheit oder sonstigen Verhinderung ist jeder Anwalt verpflichtet, wenn möglich einen General- oder Spezialvertreter aufzustellen, — eine Verpflichtung, die dadurch erleichtert wird, daß nach Maßgabe der neuen Civilprozeßordnung die Prozeßvollmacht in Ermangelung eines ausdrücklichen Verbots die Substitutionsbefugniß in sich schließt. Wenn ein Rechtskonsulent seinen Wohnort auf länger als 14 Tage verläßt, hat er dem Oberamtsgerichte hiervon amtliche Anzeige zu erstatten; dauert seine Abwesenheit über drei Monate, so hat er zugleich den Vorstand der Prokuratoren des Kreisgerichtshofs zu benachrichtigen. Wenn sich ein Prokurator von dem Ort des Gerichtshof auf länger als vierzehn Tage, jedoch nicht über drei Monate entfernt, hat er es dem betreffenden Vorstand der Prokuratoren anzuzeigen; wenn er sich auf länger als drei Monate entfernen will, hat er ein Urlaubsgesuch bei dem Gerichtshof einzureichen und die höhere Entschließung hierauf abzuwarten. Von einer bleibenden Veränderung des Aufenthaltsorts hat der Rechtskonsulent sowohl das Oberamtsgericht und Kreisgericht des alten als des neuen Wohnsitzes in Kenntniß zu setzen.

Die prozessualische Vertretung ist den öffentlichen Rechtsanwälten im Wesentlichen als Monopol zugewiesen; im Civilprozesse konkurriren mit ihnen nur die Streitgenossen und Intervenienten in der betreffenden Sache, die Verwandten und Verschwägerten in gerader Linie und bis zum vierten Grad der Seitenlinie, die Ehemänner in Sachen der Ehefrauen, die Staatsdiener einschließlich der hofkammerlichen Beamten in Sachen des Staats und der Hofdomänenkammer, standesherrliche und gutsherrliche Beamte, desgleichen Verwalter von Gütern, welche in einem bleibenden Dienstverhältniß stehen, in Sachen ihres Dienstherrn, Vorsteher, Mitglieder der Verwaltung und Beamte einer juristischen Person oder einer Aktiengesellschaft in deren Angelegenheiten, endlich Prokuristen, Handluugsbevollmächtigte und Handlungsgehilfen in den aus dem Betrieb eines Handelsgewerbs entstandenen Streitigkeiten des Prinzipals und im ortsgerichtlichen (Bagatell-) Verfahren, das sich vor den Gemeinderäthen abspielt, die Mitglieder der Gemeindekollegien des betreffenden Oberamtsbezirks; bei der strafprozessualischen Vertheidigung nur die Justizreferendäre I. Klasse. Die Winkeladvokaten, welche schon die ältere Gesetzgebung unter dem Namen „Entenmayer" wiederholt bekämpfte, sind am öffentlichen Auftreten verhindert. Im Verhältniß zu anderen deutschen Staaten erleidet das Vertretungsmonopol des Anwaltsstands in Württemberg eine Beschränkung durch die bei der Prozeß-

reform festgehaltene Ausschließung des Anwaltzwangs, welche übrigens thatsächlich der Thätigkeit der Anwälte wenig Eintrag thut, sofern, wie dies die Anforderungen des öffentlich-mündlichen Verfahrens mit sich bringen, bei den Streitgegenständen von höherem Betrag fast ausnahmsos Anwälte fungiren.

Eine gesetzliche Organisation hat der Anwaltstand bis jetzt in Württemberg nicht gefunden; einen rudimentären Ansatz hiezu zeigen die Vorstandschaften der Prokuratoren der Kreisgerichte, welche innerhalb des Kreisgerichtssprengels den Turnus der Armenanwälte zu bestimmen und eine gewisse Kontrole über die Selbstbeurlaubungen der Anwälte auszuüben haben, wofür sie von der Uebernahme der Armenprozesse befreit sind und ausschließlich mit der Führung der Fiskalprozesse bedacht werden sollen. Der neue Entwurf einer Anwaltordnung nimmt im Anschluß an die Vorgänge in Hannover, Oldenburg und Sachsen die korporative Selbstverwaltung des Anwaltstands durch Anwaltvereine und Anwaltkammern und eine kollegiale Selbstdisziplin durch ein Dienstgericht und Disziplinarräthe in Aussicht. Zu einer freiwilligen Organisation haben bis jetzt die württembergischen Rechtsanwälte auch in den größeren Städten keine Neigung bekundet.

Die Befugnisse und Verpflichtungen des Anwalts im Verhältniß zu seinem Auftraggeber sind im Wesentlichen die gemeinrechtlichen; bezüglich der Belohnung bestimmt Art. 131 der neuen Civilprozeßordnung: „Die Feststellung der Gebühren bleibt künftiger Gesetzgebung vorbehalten, bis dahin werden dieselben durch königliche Verordnung bestimmt. Die Verabredung einer höheren Gebühr ist der eigenen Partei gegenüber zulässig." Die hier vorgesehene provisorische Gebührenordnung ist durch eine königliche Verordnung vom 29. Januar 1869 festgesetzt worden. Statt der veralteten sehr dürftig zugemessenen Taxen, welche, weil vorzugsweise nach dem Umfang der Schriftsätze berechnet, in dem vorwiegend schriftlichen Verfahren einer geistlosen Weitläufigkeit und mechanischen Geschäftsbehandlnng Vorschub leisteten, hat diese Verordnung im Anschluß an das in Hannover, Braunschweig und Oldenburg adoptirte sog. gemischte System, welches die Pauschgebühr mit der Honorirung der Einzelleistungen kombinirt, einen anständigen, die konzentrirte geistige Thätigkeit prämiirenden, dem Spielraum des richterlichen Ermessens thunlichst entzogenen Tarif eingeführt. Da dieser Tarif im Verordnungsweg erlassen worden ist, und die künftige definitive gesetzliche Regelung der Anwaltgebühren von der Zustimmung der Regierung abhängt, so ist die Erhaltung dieses Tarifs und damit die ganze ökonomische Existenz des Anwaltstands dem guten Willen der Regierung

preisgegeben; wenn auch unter den gegenwärtigen Verhältnissen hier wie auch auf anderen Gebieten des württembergischen Rechts, z. B. bei der neuerdings der Heiterkeit des deutschen Reichstags anheimgefallenen Preß- und Vereinsgesetzgebung, eine gegründete Besorgniß nicht vorliegt, daß die Regierung von der ihr vertrauensvoll belassenen patriarchalischen Machtfülle einen willkürlichen und verderblichen Gebrauch machen werde, so hat doch ein so prekärer Zustand unter allen Umständen sein Mißliches und kann in politisch bewegten Zeiten von der Regierung als wirksame Zuchtruthe gegen eine etwaige Oppositionslust des Anwaltstands benutzt werden.

3. Die soziale Stellung des Anwaltstands.

Die im Jahre 1821 festgestellte „Rangordnung der Königlichen Diener und Beamten“ setzt die Obertribunal- und Oberjustiz-Prokuratoren auf die achte, die übrigen öffentlichen Rechtsanwälte auf die neunte, d. h. vorletzte Rangstufe; letztere treffen dort eine sehr gemischte Gesellschaft, unter Anderen die Geheim- und Ministerialkanzlisten, die höheren Hofoffizianten, die Gestüts- und Salzverwalter, die Post- und Münzmeister, während die untersten Justizbeamten — neuerdings aus Gerichtsaktuaren in Justizassessoren umgetauft — aus dieser Gesellschaft heraus in die achte Rangstufe vorgeschoben worden sind. Leider entspricht dieser offiziellen Lokation im Ganzen und Großen die Werthschätzung, welche die bürgerliche Gesellschaft dem Anwaltstand in Württemberg zollt. Wohl hat dieser, den die Absperrung vom Staatsdienst vielfach zur politischen Agitation führte und an die Spitze der politischen Opposition stellte, im politischen Leben in allen Phasen der konstitutionellen Entwicklung Württembergs eine hervorragende Rolle gespielt: unter den 70 von den Städten und Oberamtsbezirken gewählten Landständen befanden sich in den Jahren 1862 und 1866 fünfzehn, im Jahre 1869 zehn Rechtsanwälte, unter den siebzehn Zollparlaments-Abgeordneten des Jahres 1868 deren vier, der deutsche Reichstag zählt gegenwärtig fünf immatrikulirte württembergische Anwälte zu seinen Mitgliedern; wohl ist eine Reihe der bedeutenderen Namen Württembergs, wenn auch nicht gerade aus dem Anwaltstande hervorgegangen, so doch eine Zeit lang in demselben gestanden; wohl giebt es einzelne Anwälte, welche durch ihre Persönlichkeit beim Richterstand wie beim Publikum ein hervorragendes Ansehen genießen; allein die durchschnittliche soziale Stellung der Anwälte steht unter dem Niveau des vom Richterstand behaupteten Ansehens und ist der Würde ihres Berufs und der Bedeutung ihrer Aufgabe nicht entsprechend. Von dem juristi-

schen Nachwuchs erstreben die fähigeren mit entschiedener Vorliebe den Eintritt in den Richterstand, welchem eine alte Ueberlieferung die wissenschaftliche und gesellschaftliche Ueberlegenheit über den Anwaltstand zugesteht und welcher den Mitgliedern des letzteren nur bei seltenen Gelegenheiten, wie vor Kurzem bei der Einführung der neuen Gerichtsorganisation und dem dadurch verursachten Mehrbedarf von Gerichtspersonen den Zutritt gestattet; der Anwaltstand rekrutirt sich so zum großen Theil einmal aus den rechtsgelehrten Israeliten, welche troß der im Wesentlichen schon im Jahre 1828 ausgesprochenen Gleichberechtigung ihrer Glaubensgenossen keine einzige Stelle im Justizdienst einnehmen, vielmehr die Advokatur als ihre eigentliche Domäne betrachten, und zweitens aus solchen christlichen Juristen, welchen wegen der Mittelmäßigkeit ihrer Prüfungszeugnisse im Staatsdienst eine unsichere und kümmerliche Zukunft droht, oder der Staatsdienst in Folge getäuschter Avancementshoffnungen oder sonstiger mißliebiger Erfahrungen verleidet ist. Bei diesen Elementen zeigt sich dann häufig die verderbliche Neigung, den gesellschaftlichen Verkehr mit dem Richterstand verstimmt zu meiden, oder — was noch schlimmer ist — denselben mit serviler Unterwürfigkeit zu pflegen.

Ehe daran gedacht werden kann, die Heilmittel für diesen ungesunden Zustand aufzusuchen, müssen die Ursachen desselben festgestellt werden.

Drei Faktoren sind es vor Allem, welche die gesellschaftliche Werthschätzung eines Berufstandes bestimmen: die Höhe der Bildung, welche die Berufserfüllung begleitet, der Einfluß, welchen der Beruf auf dem ihm angewiesenen Gebiete übt, und der Antheil, welchen er an den materiellen Gütern des Lebens verleiht, also die Bildungsstufe, die Wichtigkeit und die Einträglichkeit des Berufs.

1) Die wissenschaftlichen Voraussetzungen für die Advokatur sind zwar in Württemberg die gleichen, wie für das Richteramt; da aber die besseren Kräfte vorzugsweise den Staatsdienst aufsuchen, da ferner diejenigen, welche sofort nach Erstehung der zweiten Dienstprüfung sich der Advokatur widmen, in Folge der allzu kurzen praktischen Vorbereitung häufig der gründlichen Kenntniß der Technik der Geschäftsbehandlung fernbleiben, so ist die Summe der Talente und Kenntnisse, welche sich im Anwaltstande findet, eine geringere, als diejenige, über welche der Richterstand zu gebieten hat.

2) Der Einfluß des Anwaltstands auf die Rechtspflege ist bedingt durch die Stellung, welche ihm die Prozeßgesetze im Civil- und Strafverfahren einräumen. Die württembergischen Prozeßgesetze, wie sie im

letzten halben Jahrhundert in Geltung waren, haben dem Anwaltstand drückende Fesseln auferlegt; zwei Institute namentlich haben einer freien auf Selbstthätigkeit und Selbstbewußtsein gegründeten Entwicklung den Boden genommen, die Untersuchungsmaxime und das Referentensystem. Die Untersuchungsmaxime, ein Schooßkind des aufgeklärten Absolutismus des vorigen Jahrhunderts, welcher damit der Omnipotenz des Staats auch in die Rechtspflege Eingang zu verschaffen suchte, wurde von König Wilhelm in den ersten Jahren seiner Regierung mit dem s. g. vierten Edikt in reichlichem Maße bei dem Civilverfahren der erstinstanzlichen Gerichte eingeführt; sie machte die Partei und deren Vertreter zu einem der selbstständigen Bewegung entbehrenden, von dem Ermessen des Richters geleiteten Mittel zur Erforschung der materiellen Wahrheit und drängte dem Richter die unnatürliche Rolle eines Anwalts beider Parteien auf; in Folge hievon war er leicht geneigt, die Unterstützung des natürlichen Anwalts für überflüssig zu halten, in seinem Eingreifen nur eine unnöthige Verlängerung, Erschwerung und Vertheuerung des Prozesses zu sehen, demgemäß seine Thätigkeit nach Kräften zurückzudrängen und im Gefühl eigener Ueberlegenheit die Rechtsregel „da mihi factum, dabo tibi jus“ zur vollen Geltung zu bringen. Das Referentensystem, das gefährlichste Unkraut auf dem Boden des schriftlichen Verfahrens, stand wie fast aller Orten in Deutschland, so auch in Württemberg — von dem im Jahre 1849 hauptsächlich für die schwersten Straffälle eingeführten schwurgerichtlichen und dem im Jahre 1865 für einen Theil der Handelssachen festgesetzten handelsgerichtlichen Verfahren abgesehen — bis zur Durchführung der Prozeßreformen in schönster Blüthe: indem dieses System die Anwälte vom unmittelbaren Verkehr mit dem erkennenden Gericht ausschloß und statt dessen zwischen die Partei und das erkennende Gericht eine Gerichtsperson schob, welche die thatsächlichen und rechtlichen Erörterungen der Anwälte nebst den darauf gegründeten Anträgen entgegenzunehmen und nach vollständiger Sammlung des Prozeßmaterials über das gesammte Streitverhältniß einen der Natur der Sache nach nicht immer von subjektiver Färbung freien Bericht dem Gericht zu erstatten hatte, entzog es dem Anwalt das schönste Feld für die Entfaltung seiner Fähigkeiten und Kenntnisse, die unmittelbare Einwirkung auf die rechtliche Ueberzeugung des erkennenden Gerichts. Häufig wurde auch die Erfahrung gemacht, daß die Schriftsätze der Anwälte, insbesondere soweit sie rechtliche Ausführungen enthielten, bei diesen Vorträgen des Referenten eine ebenso dürftige Berücksichtigung als souveräne Abfertigung erfuhren. So ließen die Prozeßgrundsätze den dem Anwaltstand gebührenden Ein-

fluß im Civil- und Strafverfahren nicht aufkommen, machten ihn hier wie dort zum Diener und Handlanger des instruirenden und inquirirenden Richters und untergruben dadurch sein Ansehen beim Publikum.

3) Die Gebühren der Anwälte waren bis zum Jahre 1869 — vom handelsgerichtlichen Verfahren abgesehen — ohne jedes Prinzip theils an der Hand veralteter Verordnungen aus dem Anfang dieses Jahrhunderts, theils nach Maßgabe einer allmälig festgewurzelten Gerichtspraxis, theils gemäß dem jeweiligen Ermessen der Gerichte geregelt, so konnte es nicht fehlen, daß die Bemessung der Taxen im Verhältniß zu dem Antheil stand, welche die Gesetzgebung dem Anwaltstand bei der Rechtspflege zuwies, und der allgemeinen Preissteigerung keinerlei Rechnung trug. Den hauptsächlichsten Maßstab für die Zubilligung der Deserviten gab ein rein äußerlicher Umstand ab, — der Umfang der Schriftsätze, welche äußerlich allerdings einander alle insofern gleichsahen, als sie auf jeder Seite mindestens zwanzig Zeilen und in jeder Zeile ungefähr zwölf Sylben enthalten mußten. Für den Bogen passirte regelmäßig 1 fl. 30 kr.; um die offenbare Widersinnigkeit eines solchen Maßstabes zu verschleiern, wurde — unter der selbstverständlichen Voraussetzung, daß jedem Richter ein kompetentes Urtheil über die Qualifikation der schriftlichen Arbeiten eines Anwalts zustehe — in thesi zwar der Satz aufgestellt, daß bei Bemessung des Deservits für Schriftsätze nicht blos die Blätterzahl, sondern vorzüglich der innere Inhalt der Arbeit und besonders die Gründlichkeit in der Anwendung und die Klarheit in der Darstellung der in Frage gekommenen Rechtssätze, wie auch der Umfang der durchlesenen Akten maßgebend sein solle, allein da jeder anständige Richter das Mißliche dieser des Anwaltstands höchst unwürdigen Kritik fühlen und auch den Schein einer Chikane meiden mußte, so hielt sich die Praxis regelmäßig an das bequeme äußere Merkmal der Blätterzahl und machte nur bei auffallender Raumverschwendung Abstriche. Unter der Herrschaft dieser nunmehr aufgehobenen Gebührenunordnung war das Einkommen der Anwälte, wie dies auch die Regierung in den Motiven der neuen Gebührenordnung anerkannte, durchschnittlich nur ein mäßiges, war selbst bei den gesuchtesten Anwälten der Residenzstadt kein solches, wie es die Praxis eines vielbeschäftigten Arztes abwirft.

Faßt man zusammen, daß in dem den Prozeßreformen vorangegangenen halben Jahrhundert der Staatsdienst die besten Kräfte absorbirte, daß der Anwaltstand in dieser Zeit durch die Prozeßgesetzgebung in der Freiheit der Entfaltung seiner Kräfte verkümmert und dabei mit dürftigen Taxen dotirt war, und berücksichtigt man, daß die

Prozeß-Reformen seit nicht ganz drei Jahren in's Leben getreten sind, so dürfte einerseits die gegenwärtige ungünstige soziale Stellung des Anwaltstandes historisch erklärt, andrerseits aber auch, da die Maximen der neuen Prozeßgesetze der Thätigkeit des Anwalts den gebührenden Wirkungskreis einräumen und die neue Gebührenordnung seinem Fleiß ein wenigstens anständiges Honorar sichert, der Nachweis geliefert sein, daß unter den jetzigen Verhältnissen eine Besserung dieser Lage möglich ist.

Manche sehen das unfehlbare Mittel, welches dem Anwaltstand zu Ansehen verhelfen kann, in der gesetzlichen Organisation desselben nach französischem oder englischem Muster; ohne dieses Mittel verwerfen zu wollen, können wir ihm doch nur eine untergeordnete Bedeutung beilegen. Soll eine solche Reform lebenskräftig sein und nicht zu einem blos äußerlichen Gerüste verknöchern, so muß die Organisation zusammenstrebende Theile, die Form einen bildungsfähigen Inhalt vorfinden; sollen die Anwälte eines Landes aus ihrer Zerstreuung zu einem gesetzmäßigen Organismus vereinigt werden, welche über die einzelnen Glieder eine heilsame Zucht und Kontrole ausübt, so müssen sie einen Stand repräsentiren mit Korpsgeist, Standesbewußtsein und Standesehre. Eben deshalb kann eine wirkliche und dauerhafte Hebung des Anwaltstandes unseres Erachtens nur von innen heraus durch die Standesgenossen, nicht von außen durch eine nach fremder Schablone arbeitende Gesetzgebung erfolgen.

IV.

Einige Bemerkungen zur Lehre vom Urheberrechte.

Vom Herrn Geheimen Ober-Post-Rath Dr. Otto Dambach in Berlin.

I.

Es giebt wenige Gesetze der neueren Zeit, welche in Betreff der Beurtheilung ihres Werthes so verschiedene Phasen durchlebt haben, wie das Reichsgesetz vom 11. Juni 1870, betreffend das Urheberrecht an Schriftwerken rc. Die Schicksale des Gesetzes sind allgemein bekannt. Als der vom Bundesrath angenommene Entwurf des Gesetzes in die Oeffentlichkeit gelangte, wurde derselbe von den betheiligten Kreisen mit Freuden begrüßt und in verschiedenen Zuschriften an das Bundeskanzleramt als eine wohlgelungene legislative Arbeit bezeichnet.[1]) Bei der ersten Berathung des Entwurfes im Reichstage wurden dagegen jene bekannten Reden gehalten, welche den Entwurf als gänzlich verfehlt charakterisirten und die Ablehnung desselben bezweckten. Bald darauf trat aber wieder ein Umschwung ein, man erkannte, daß der Entwurf auf gesunden Grundlagen beruhe, und der Reichstag gab demselben mit verhältnißmäßig unwesentlichen Abänderungen seine Zustimmung.

Das Gesetz ist am 1. Januar 1871 im Gebiete des ganzen deutschen Reiches, mit Ausnahme von Bayern, in Wirksamkeit getreten, und auch in Bayern erlangt dasselbe am 1. Januar 1872 Gesetzeskraft.[2]) Der seit Jahrzehnten gehegte Wunsch einer einheitlichen deutschen Nachdrucksgesetzgebung ist daher nunmehr erfüllt.

---

[1]) Vgl. Dambach, Ueber den neuesten Entwurf eines Gesetzes für den norddeutschen Bund, betr. das Urheberrecht an Schriftwerken rc. (In dieser Zeitschrift Bd. 4. S. 223.)

[2]) Es ist ein Irrthum von Klostermann, wenn derselbe in seiner neuesten Schrift über das Urheberrecht (1871) wiederholt auf das Bestimmteste behauptet, daß in Bayern die Einführung des Gesetzes vom 11. Juni 1870 der „künftigen Reichsgesetzgebung" vorbehalten sei und daß es in Bayern „vorläufig" bei dem Gesetze vom 28. Juni 1865 verbleibe (S. 3. 5. 55). Das Reichsgesetz, betreffend

Als eine im hohen Grade erfreuliche Erscheinung muß es bezeichnet werden, daß das neue Gesetz, nachdem die anfänglich gegen den Entwurf erhobenen, auf völliger Ignoranz beruhenden Einwendungen in gebührender Weise zurückgewiesen worden sind, sowohl von Seiten der Autoren und Buchhändler, als auch in der juristischen Litteratur fast ohne Ausnahme mit Anerkennung und Dank aufgenommen und als ein „unverkennbarer Fortschritt" auf dem Gebiete des Autorenrechtes bezeichnet worden ist.[3])

Es wird nunmehr die Aufgabe der Rechtswissenschaft und der Praxis sein, auch auf diesem Gebiete das mühsam erlangte gemeinsame Recht weiter zu bilden und hierbei die Grundgedanken des Gesetzes mit den mannichfachen Formationen des Lebens im Einklang zu erhalten.

Die juristische Litteratur hat schon bis jetzt das neue Gesetz in ziemlich reichhaltiger Weise in den Kreis ihrer Thätigkeit gezogen. Es sind in dieser Richtung — nach der Reihenfolge ihres Erscheinens — folgende Werke zu verzeichnen:

---

die Einführung norddeutscher Bundesgesetze in Bayern, ist bereits am 22. April 1871 ergangen (B.-G.-Bl. S. 87) und führt der §. 11 desselben das Gesetz vom 11. Juni 1870 vom 1. Januar 1872 ab in Bayern ein. Es läßt sich die Anführung bei Klostermann nur dadurch erklären, daß er seine Schrift vor Emanation des Gesetzes vom 22. April 1871 verfaßt und später bei der Revision des Druckes die inzwischen erfolgte Publikation des Gesetzes übersehen hat. Daß Klostermann das Gesetz vom 22. April 1871 noch hätte berücksichtigen können, ergiebt sich daraus, daß derselbe die erst im Juni 1871 erschienene Endemann'sche Schrift über das Urheberrecht citirt (S. 6, Anm. 8), während das Gesetz vom 22. April 1871 bereits am 29. April publizirt worden ist.

Ein fernerer Irrthum Klostermann's ist es, wenn er S. 55 behauptet, daß die Litterar-Konvention zwischen Preußen und Frankreich vom 2. August 1862 durch den Frankfurter Frieden „für das Gebiet des ganzen deutschen Reiches wieder hergestellt" sei. Es ist zunächst zweifelhaft, ob der Frankfurter Frieden überhaupt die Konvention vom 2. August 1862 bereits wieder hergestellt hat, da der Art. 11 des Friedensvertrages nur sagt, daß die Litterar-Konvention wieder in Kraft treten „soll" (seront remis en vigeur). Abgesehen hiervon gilt aber die Konvention unbedingt nur für das preußische Staatsgebiet, da eine Ausdehnung auf das ganze Reich nirgends ausgesprochen ist. (So eben, als mir die Korrektur dieser Abhandlung zugeht, bringen die öffentlichen Blätter die Bestätigung des Vorstehenden, indem nach einem Zusatzvertrage zu dem Frankfurter Frieden nicht die Preußisch-Französische Litterar-Konvention vom 2. August 1862, sondern die Baierisch-Französische Litterar-Konvention vom 24. März 1865 für den ganzen Umfang des Reiches in Kraft treten wird.)

[3]) Klostermann, Ueber das Urheberrecht an Schriftwerken (in dieser Zeitschrift Bd. 5. S. 76); Dahn, Zur neuesten deutschen Gesetzgebung über Urheberrecht (ebendaselbst Bd. 5. S. 1 ff.).

1) E. Stägemann, Gesetz, betreffend das Urheberrecht an Schriftwerken 2c. Nach den Verhandlungen des Reichstages. Berlin 1870.

2) R. Fischer, Kanzleirath, Gesetz, betreffend das Urheberrecht an Schriftwerken 2c. Nach den amtlichen Materialien erläutert. Gera 1870.

Beide Schriften enthalten nur das Gesetz selbst und Auszüge aus den amtlichen Motiven, dem Berichte der Reichstags-Kommission und den Plenar-Berathungen des Reichstages.

3) O. Dambach, Geh. Ober-Post-Rath, Die Gesetzgebung des norddeutschen Bundes, betreffend das Urheberrecht an Schriftwerken 2c. Erläutert. Berlin 1871.

Das Buch enthält einen ausführlichen Kommentar des Gesetzes.

4) F. Dahn, Professor, Zur neuesten deutschen Gesetzgebung über Urheberrecht. In dieser Zeitschrift. Bd. 5. S. 1 ff.

Der Aufsatz enthält eine sehr ausführliche und werthvolle Vergleichung der einzelnen Bestimmungen des Reichsgesetzes vom 11. Juni 1870 und des bayerischen Nachdrucksgesetzes vom 28. Juni 1865. Der Aufsatz, welcher vor der Gründung des deutschen Reiches verfaßt worden ist, empfahl auf das Dringendste schon damals die Einführung des Gesetzes vom 11. Juni 1870 auch in Bayern, ein Wunsch, welcher nunmehr bereits in Erfüllung gegangen ist.

Auf Einen Punkt von allgemeiner Bedeutung mag hier aufmerksam gemacht werden. Dahn sagt (S. 4):

„Daß es aber vorwiegend politische Gründe waren, welche später Norddeutschland davon abhielten, einfach das Bayerische Gesetz zu adoptiren, liegt auf der Hand."

Diese Anführung ist thatsächlich unrichtig. Der Verfasser der vorliegenden Abhandlung ist bei der Abfassung des Gesetzes vom 11. Juni 1870 fortgesetzt amtlich thätig gewesen und kann daher auf das Bestimmteste versichern, daß in keinem Stadium der legislativen Vorarbeiten auch nur im Entferntesten politische Motive dafür maßgebend gewesen sind, das bayerische Nachdrucksgesetz im Ganzen oder in seinen einzelnen Bestimmungen zu verwerfen. Den Redaktoren der verschiedenen Entwürfe ist völlig freie Hand gelassen worden, und es ist die Abfassung eines neuen Entwurfes lediglich aus der sachlichen Ueberzeugung hervorgegangen, daß der s. g. Frankfurter Entwurf und das bayerische Gesetz den Anforderungen der Wissenschaft nicht entsprechen.

5) Klostermann, Ober-Bergrath, Ueber das Urheberrecht an Schriftwerken nach dem Gesetze vom 11. Juni 1870. (In dieser Zeitschrift. Bd. 5. S. 75.)

Der Aufsatz giebt eine gute Uebersicht der Hauptbestimmungen des Gesetzes vom 11. Juni 1870 und eine Vergleichung mit dem preußischen Gesetze vom 11. Juni 1837.

6) W. Endemann, Professor und Ober-Appellationsgerichtsrath, Das Gesetz, betreffend das Urheberrecht an Schriftwerken ꝛc. Berlin 1871.

Das Werk enthält einen Kommentar zu den einzelnen Paragraphen des Gesetzes. Der Verfasser verhält sich dem Gesetze gegenüber im Wesentlichen negativ kritisirend. Trotz mehrfacher guter Bemerkungen beweist das Buch im Allgemeinen doch, daß der Verfasser mit den Details der Lehre und mit der einschlagenden Litteratur nicht vollständig vertraut ist.

7) R. Klostermann, Ober-Bergrath, Das Urheberrecht an Schriftwerken ꝛc. nach dem Reichsgesetze vom 11. Juni 1870 systematisch dargestellt. Berlin 1871.

Der Verfasser ist auf dem Gebiete des Urheberrechts durch sein größeres Werk über „das geistige Eigenthum an Schriften ꝛc. Berlin 1867" bereits rühmlich bekannt. Das jetzt erschienene neue Werk ist dazu bestimmt, eine Ergänzung des früheren Werkes zu bilden und dasselbe gewissermaßen auf dem Niveau der heutigen Gesetzgebung zu erhalten. Der Verfasser stellt in der neuen Schrift die Grundsätze des Gesetzes vom 11. Juni 1870 in klarer und übersichtlicher Weise systematisch dar und geht auch vielfach auf Detailfragen ein. Daß in einer anerkanntermaßen so schwierigen Rechtsmaterie die Ansichten nicht in allen einzelnen Punkten übereinstimmen können, ist selbstverständlich und ändert in dem Werthe der Arbeit nichts.[4] Erfreulich ist es aber, daß in der neuesten Litteratur auf diesem Rechtsgebiete die Ansichten der Schriftsteller über die Kardinalfragen immer mehr mit einander in Harmonie kommen und daß die verkehrten früheren Auffassungen gänzlich verschwinden. Nur in zwei wesentlichen Punkten gehen die Auffassungen der Schriftsteller auch nach dem Reichsgesetze vom 11. Juni

---

[4]) Die Bemerkungen Klostermann's auf S. 14 (Anm. 22), S. 16, S. 17 (Anm. 24), S. 35 (Anm. 52) gegen die Ausführungen in meinem Kommentar kann ich nicht für begründet anerkennen; dagegen bin ich ihm dankbar für die Bemerkung auf S. 51, indem ich einräume, daß seine Auslegung des §. 10 des Gesetzes richtig ist.

1870 noch auseinander, nämlich über die rechtliche Natur des Urheberrechtes und über die Frage: welche Schriftwerke den Schutz des Gesetzes genießen. Diese Punkte mögen daher im Folgenden näher erörtert werden, da dieselben für die praktische Anwendung des Gesetzes von hoher Bedeutung sind.

II.

Ueber die rechtliche Natur des Urheberrechtes ist bekanntlich seit Jahrhunderten unendlich viel geschrieben und gestritten worden. Die Frage im Allgemeinen hat ihre große rechtsphilosophische und legislative Bedeutung; sobald aber ein positives Gesetz vorliegt, welches den Schutz des Urheberrechtes ausspricht, kann es sich für die praktische Gesetzesanwendung nur darum handeln, näher zu prüfen, von welchem rechtlichen Gesichtspunkte der Gesetzgeber bei Fixirung dieses Schutzes ausgegangen ist. In dieser Beziehung stehen sich nun in Betreff des Gesetzes vom 11. Juni 1870 zwei Ansichten gegenüber, indem die eine das Urheberrecht ausschließlich für ein Vermögensrecht erklärt, während die andere Ansicht davon ausgeht, daß das Gesetz außer den vermögensrechtlichen Interessen auch die persönlichen Interessen des Autors habe schützen wollen.

Es leuchtet sofort ein, zu welchen weittragenden praktischen Konsequenzen es führt, je nachdem man die eine oder die andere Ansicht für richtig erachtet.

Die Ansicht, daß das Urheberrecht nach dem Reichsgesetze vom 11. Juni 1870 ausschließlich ein Vermögensrecht sei, wird von Klostermann vertheidigt, welcher in voller Konsequenz den Schutz dieses Gesetzes ausgeschlossen wissen will, sobald es sich bei dem unberechtigten Wiederabdruck eines Schriftwerkes nicht um eine Verletzung der vermögensrechtlichen, sondern der rein persönlichen Interessen des Urhebers handelt.[5])

Diese Auffassung kann indessen nicht für richtig erachtet werden; es muß vielmehr auf das Bestimmteste behauptet werden, daß das Gesetz vom 11. Juni 1870 den Urheber gegen jede unbefugte Vervielfältigung seines Geisteserzeugnisses habe schützen wollen, gleichviel, ob der Autor in seinem Vermögen oder in seinen persönlichen Interessen geschädigt worden ist.[6])

a. Zuvörderst ist Klostermann den Beweis für seine Behaup-

---

[5]) Klostermann, Urheberrecht S. 8. 9.

[6]) Dambach, Kommentar S. 13.

tung schuldig geblieben, indem das Gesetz vom 11. Juni 1870 nirgends die geringste Andeutung darüber enthält, daß es nur die vermögensrechtlichen Interessen des Autors habe schützen wollen. Klostermann beruft sich zwar auf die §§. 18—25 des Gesetzes, indem er auszuführen sucht, daß „der Nachdruck in diesen Vorschriften lediglich als ein Delikt gegen das Vermögen betrachtet wird, welches einen civilrechtlichen Entschädigungsanspruch, eine kriminelle Geldbuße und die Einziehung der hergestellten Nachdrucksexemplare zur Folge hat". Allein aus diesen Bestimmungen folgt nicht das Mindeste in Betreff der rechtlichen Natur des Urheberrechtes, und man könnte genau mit demselben Rechte behaupten wollen, daß beispielsweise auch die vorsätzliche Körperverletzung ein vermögensrechtliches Delikt sei, weil dieselbe den civilrechtlichen Entschädigungsanspruch für die Kurkosten 2c., eine kriminelle Strafe, eine Geldbuße (§. 231 Str.-G.-B.) und die Einziehung der zur Verletzung gebrauchten Gegenstände zur Folge hat!

Wenn also das Gesetz selbst eine Beschränkung des Schutzes auf die vermögensrechtlichen Interessen des Autors nicht ausspricht, so ist es von vorn herein unzulässig, diese Beschränkung in das Gesetz hineinlegen zu wollen.

b. Es läßt sich nun aber auch aus dem Gesetze und aus den legislativen Vorarbeiten mit voller Sicherheit nachweisen, daß ausdrücklich beabsichtigt worden ist, den Autor auch dagegen zu schützen, daß durch eine unbefugte Vervielfältigung des Schriftwerkes seine persönlichen Interessen verletzt werden.

Zunächst spricht das Gesetz im §. 1 ganz allgemein und ohne jede nähere Modifikation aus, daß der Urheber allein das Recht der Vervielfältigung seines Schriftwerkes hat. Das Gesetz ist hierbei von dem Grundsatze ausgegangen, daß der Autor ausschließlich berechtigt ist, zu bestimmen, ob und in welchem Umfange er sein Werk der Oeffentlichkeit übergeben will, und daß jeder Eingriff in dieses Recht verboten sein soll. Welche Interessen des Autors durch einen solchen Eingriff verletzt werden, ist völlig gleichgültig. Es ist selbstverständlich, daß in den bei weitem meisten Fällen die vermögensrechtlichen Interessen des Autors verletzt werden; allein dies schließt nicht aus, den Schutz des Gesetzes auch in solchen Fällen zu gewähren, in denen es sich lediglich um persönliche Interessen des Autors handelt. Der Autor kann durch eine unbefugte Veröffentlichung seines Schriftwerkes oftmals in seinen persönlichen Interessen, in seinem Rufe u. s. w. auf das Empfindlichste geschädigt werden, und es würde geradezu eine Unvollkommenheit des Gesetzes gewesen sein, wenn es diese Fälle nicht hätte

schützen, sondern den Autor gegen solche Verletzungen — wie Klostermann annimmt — auf die allgemeinen strafrechtlichen Bestimmungen wegen Beleidigung ꝛc. verweisen wollen.

Diese Auffassung hat auch bei den legislativen Vorarbeiten ihren ganz unzweideutigen Ausdruck gefunden.

So bestimmte der §. 24 des dem Reichstage vorgelegten Entwurfs, daß die Bestrafung des Nachdruckers auch dann eintreten solle, wenn dem Berechtigten ein vermögensrechtlicher Schaden nicht zugefügt worden ist, und die Motive begründen dies ausdrücklich damit, daß [7])

> „diese Bestimmung hauptsächlich wichtig ist für ungedruckte Werke, bei denen der Nachdruck oft mehr als Eingriff in das Recht einer fremden Persönlichkeit, denn als Vermögensbeschädigung erscheint".

Bei der Berathung im Plenum des Reichstages ist dieser Paragraph lediglich deswegen gestrichen, weil er für selbstverständlich erachtet wurde.[8])

Es gewährt das Gesetz ferner den noch nicht veröffentlichten Schriftwerken einen stärkeren Schutz, als den bereits veröffentlichten Werken, indem bei den ersteren das Citiren einzelner Stellen ꝛc. verboten ist, und die Motive begründen dies mit der Bemerkung,

> „daß bei Manuscripten, welche vielleicht gar nicht zum Drucke bestimmt sind, ein hohes persönliches Interesse des Autors verletzt werden kann, wenn gesetzlich ein allgemeines Recht zum Citiren anerkannt wird".[9])

Endlich kommt — allerdings nur adminikulirend — hinzu, daß der Reichstag den Antrag des Abgeordneten Braun: den §. 1 des Gesetzes dahin zu fassen:

> „Das Recht des Urhebers an seinem Schriftwerke besteht in der ausschließlichen Befugniß zur Veröffentlichung, sowie der vermögensrechtlichen Ausnutzung und Verwerthung ꝛc."

ausdrücklich abgelehnt hat.[10])

Es kann hiernach keinem Zweifel unterliegen, daß das Gesetz vom 11. Juni 1870 (ebenso wie das bayerische Gesetz vom 28. Juni 1865 [11])) nicht blos die vermögensrechtlichen, sondern auch die persönlichen Interessen des Autors hat schützen wollen, und daß der Autor den Schutz

---

[7]) Motive S. 32.

[8]) Stenogr. Berichte (Separat-Abdruck) S. 67.

[9]) Motive S. 23.

[10]) Stenogr. Berichte S. 23. 38.

[11]) Mandry, Urheberrecht. 1867. S. 39. 40.

dieses Gesetzes auch dann anzurufen berechtigt ist, wenn er durch den Nachdruck gar keinen Vermögensschaden erlitten oder zu befürchten hat, sondern nur in seinen persönlichen Interessen dadurch verletzt worden ist, daß die Veröffentlichung seines Geisteserzeugnisses ohne seinen Willen stattgefunden hat.

III.

Der zweite Punkt, welcher für die praktische Anwendung des Gesetzes von der erheblichsten Bedeutung ist, betrifft die Frage: welche schriftstellerischen Produktionen den Schutz des Gesetzes genießen. Es soll auch in dieser Beziehung nicht auf die zahlreichen Streitfragen eingegangen werden, welche sich in der früheren Litteratur über diesen Punkt erhoben haben;[12]) es soll die Frage vielmehr nur vom Standpunkte des Reichsgesetzes vom 11. Juni 1870 aus näher erörtert werden.

Das Gesetz schützt im §. 1 jedes „Schriftwerk" gegen Nachdruck. Der Verfasser der vorliegenden Abhandlung hat in seinem Kommentar zum Gesetze vom 11. Juni 1870 (S. 14) sich dahin ausgesprochen, daß „zum Begriffe eines Schriftwerkes erfordert wird:

a. daß dasselbe das Produkt einer eigenen geistigen Thätigkeit des Autors sei, und
b. daß es sich dazu eigene, Gegenstand des litterarischen Verkehrs, des Verlages, zu sein".

Das Kriterium ad a ist in den Motiven des Gesetzes und in dem Berichte der Reichstags-Kommission wiederholt hervorgehoben worden und wird auch von Endemann und Klostermann[13]) gleichmäßig anerkannt.

Das Kriterium ad b wird dagegen von Klostermann in seiner neuesten Schrift angefochten, indem derselbe nur diejenigen Werke gegen Nachdruck geschützt wissen will, welche „von dem Autor oder von einem Dritten zum Gegenstande eines Verlages gemacht oder bestimmt werden". Klostermann gelangt hiernach zu der Annahme, daß Werke, welche unzweifelhaft originale Geisteserzeugnisse und auch geeignet sind, Gegenstand des Verlages zu werden, doch nur in dem Falle geschützte Schriftwerke seien, wenn dieselben wirklich zum

---

[12]) Vergl. hierüber z. B. Mandry, Urheberrecht, S. 73; Wächter, Verlagsrecht. 1857. S. 156.

[13]) Endemann, Gesetz betreffend das Urheberrecht, S. 4; Klostermann, a. a. O. S. 12.

Verlagsgegenstande gemacht oder bestimmt werden. Andererseits will er selbst gewöhnliche Briefe, telegraphische Depeschen u. s. w. gegen Nachdruck geschützt wissen, sobald dieselben nur überhaupt vom Autor oder von einem unberechtigten Dritten für den Verlag bestimmt werden.

Allein in beiden Beziehungen kann die Auffassung Klostermann's nicht getheilt werden.

a. Zuvörderst ist zu bemerken, daß die Schutzberechtigung eines Schriftwerkes nur nach objektiven Merkmalen beurtheilt werden kann, nicht aber danach, ob der Autor oder ein Dritter dasselbe zum Gegenstande des Verlages bestimmt hat; denn das Gesetz schützt ohne Unterschied alle Schriftwerke, gleichviel, ob dieselben zum Gegenstande des Verlages bestimmt sind oder nicht. Am allerwenigsten aber kann der Umstand, ob ein unberechtigter Dritter das Werk zum Verlagsgegenstande macht, über die Schutzberechtigung des Werkes entscheiden.

Die Ansicht, daß nur solche Werke geschützt seien, welche vom Autor oder von einem Dritten zum Gegenstande des Verlages bestimmt sind, würde überdies auch in der Praxis zu den bedenklichsten Resultaten führen, indem es danach gestattet sein müßte, Werke, welche nicht zum Verlage bestimmt sind, nachzudrucken. Es würde danach beispielsweise erlaubt sein, ein Gedicht, welches der Autor bei einer festlichen Gelegenheit lediglich in einigen Exemplaren vertheilt hat, unbefugt abzudrucken und bei einer ähnlichen festlichen Gelegenheit zu vertheilen; denn in einem solchen Falle hat weder der Autor, noch der Dritte das Gedicht zum Verlage bestimmt. Und doch kann es nicht dem mindesten Bedenken unterliegen, daß in dem erwähnten Falle ein verbotener Nachdruck vorliegt!

b. Es ist nun aber auch ferner nach dem Gesetze vom 11. Juni 1870 durchaus nicht richtig, daß alle Werke, welche zum Gegenstande des Verlages gemacht werden, den Schutz gegen Nachdruck genießen; es giebt vielmehr zahlreiche Produktionen, welche Verlagsartikel sind und dessen ungeachtet gegen Nachdruck nicht geschützt sind.

Das Gesetz will nämlich, wie oben ausgeführt ist, den Schutz nur solchen Produktionen gewähren, welche sich als Ausfluß einer eigenen individuellen geistigen Thätigkeit manifestiren. Alle sonstigen Werke genießen den Schutz des Gesetzes nicht, sollten dieselben auch Gegenstand des Verlages sein. Daher muß unbedingt daran festgehalten werden, daß die gewöhnlichen Briefe des täglichen Lebens, sowie telegraphische Depeschen über politische oder sonstige Ereignisse keinen Schutz gegen Nachdruck genießen, da dieselben keine autorgleiche Thätigkeit in sich schließen und im Sinne des Gesetzes nicht als „Schriftwerke" angesehen

werden können. Es ist dies auch bei den Berathungen über das Gesetz zum bestimmten Ausdruck gekommen. Der dem Reichstage vorgelegte Entwurf verordnete nämlich im §. 6 Lit. d ausdrücklich:

„Als verbotener Nachdruck ist nicht anzusehen:
der Abdruck von amtlichen und nichtamtlichen Anzeigen und Nachrichten aller Art, selbst wenn sie, wie Festprogramme, Theaterzettel, Lektionskataloge u. s. w., eine Reihe von Ereignissen und Thatsachen fortlaufend ankündigen,"

und die Motive begründeten dies damit, daß derartige Produktionen überhaupt keine autorgleiche Thätigkeit in sich schließen.[14])

Bei den Berathungen in der Kommission des Reichstages wurde dies als durchaus richtig anerkannt, und die Bestimmung nur als selbstverständlich fortgelassen. Es kann daher keinem Zweifel unterliegen, daß gewöhnliche Geschäftsbriefe, Telegramme u. s. w., da sie eben nur Thatsachen und Ereignisse wiedergeben, nach dem Gesetze vom 11. Juni 1870 gegen Nachdruck nicht geschützt sind.

Das Kriterium der Schutzberechtigung liegt hiernach nicht in dem Umstande, ob das Werk zum Gegenstande des Verlages gemacht oder bestimmt wird, sondern darin, ob es sich als Ausfluß einer eigenen geistigen Thätigkeit des Autors darstellt, und ob es gleichzeitig seiner Beschaffenheit nach objektiv dazu geeignet ist, zum Gegenstande des litterarischen Verkehrs oder des Verlages gemacht zu werden.

---

[14]) Motive S. 25. Auch nach dem preußischen Gesetze vom 11. Juni 1837 hat der Berliner litterarische Sachverständigen-Verein wiederholt in diesem Sinne sich ausgesprochen. (Heydemann und Dambach, die preußische Nachdrucksgesetzgebung. 1863. S. XVIII.)

Rechtssprüche.

Rechtsprechung des Reichs-Oberhandelsgerichts.

Vorbemerkung.

Die Uebersicht, welche hier begonnen wird, beabsichtigt, die Judikatur des Bundes- jetzt Reichs-Oberhandelsgerichts zu verfolgen, soweit sich dieselbe auf die Reichsgesetzgebung bezieht. Die Mittheilung wird eine summarische sein, d. h. es soll der juristische Kern der Entscheidungen in möglichst knapper Gestalt wiedergegeben wergen, doch nicht etwa so, daß s. g. Rechtsgrundsätze formulirt werden, die in der Regel ebenso wohlfeil wie irreführend sind; sondern daß zugleich der Inhalt der Gründe ersichtlich wird. Die Entscheidungen sind zu diesem Behuf exzerpirt; sofern Stellen wörtlich entnommen sind, ist dies durch Anführungszeichen angedeutet; im Uebrigen muß ich die Verantwortung dafür übernehmen, daß der Gedankengang getreulich reproduzirt ist. Hoffentlich wird man sich überzeugen, daß die erforderliche Sorgfalt angewendet worden ist.

Die Anordnung soll sich an die Reihenfolge der Gesetzbücher und resp. der Gesetze anschließen; ich beginne deshalb mit dem Handelsgesetzbuch, auf welches die Wechselordnung und sodann der übrige Theil der Reichsgesetzgebung folgen wird. Handelsrechtliche Materien, über welche das H.-G.-B. keine ausführlichen Bestimmungen enthält, wie die Lehre von den Agenten, das Binnenversicherungsrecht und dgl. werden betreffenden Orts eingeschaltet werden. Dagegen bleibt die Rechtsprechung des obersten Reichsgerichts, sofern sie auf die Reichsgesetzgebung keinen Bezug hat, ganz außer Betracht.

Die hier zunächst mitgetheilten Entscheidungen umfassen die Zeit bis zum Juli 1871, d. h. die Periode des Bundesoberhandelsgerichts, da der Name Reichs-Oberhandelsgericht durch Beschluß vom 22. September 1871 angenommen worden ist. Grundlage meiner Zusammenstellung sind

1) die von den Räthen des Gerichtshofes herausgegebene Sammlung von „Entscheidungen des Bundes- (des Reichs-) Oberhandelsgerichts“. Erlangen. Verlag von Ferd. Enke — hier citirt mit M.

2) die von A. Stegemann, Anwalt bei dem Oberhandelsgericht, herausgegebene Sammlung unter dem Titel: „Die Rechtsprechung des deutschen Oberhandelsgerichts zu Leipzig“. Berlin. Verlag von J. Guttentag (D. Collin) — hier citirt mit St.

3) die von D. Calm und C. Mallison, jetzt von ersterem allein herausgegebene „Wochenschrift für deutsches Handels- und Wechselrecht nach den Entscheidungen des Oberhandelsgerichts zu Leipzig“ — gegenwärtig im Verlag der Heymann'schen Buchhandlung hierselbst erscheinend — hier citirt mit C.

Ich führe bei jeder Entscheidung in Parenthese zunächst dann das Datum, dann die Sammlungen an, in denen sich dieselbe findet — mit römischer Ziffer den Band, mit arabischer die Nummer. Bei der Calm'schen Wochenschrift sind hier nicht die unter der Ueberschrift „diverse Präjudizien“ mitgetheilten, sondern die größeren Entscheidungeu gemeint. Erstere sind nach Seitenzahlen citirt und wird dies hier, sowie in allen sonstigen Fällen, wo eine Anführung nach Seitenzahlen erforderlich ist, stets ausdrücklich bemerkt.

Die inzwischen ergangenen resp. ergehenden Entscheidungen werden ebenso wie etwaige Omissionen jedesmal in dem nächsten Heft nachgetragen werden.

Behrend.

Zum Handelsgesetzbuch.

Art. 1.

Handelsgebräuche.

1. „Der Implorant fordert einen Saldo aus einem angeblichen Kontokurrentverkehr, den er mit dem Beklagten circa 20 Jahre lang unterhalten haben will. Den Beweis für die Richtigkeit der Saldoforderung glaubt er dadurch geführt, daß der Implorat alljährlich Konto-Auszug erhalten, denselben nie bemängelt, den Verkehr vielmehr bis 1865 fortgesetzt habe. Denn im kaufmännischen Kontokurrentgeschäft soll es Gebrauch sein, daß Stillschweigen nach dem Empfang des Konto-Auszugs, namentlich ein Stillschweigen während dreier Monate — zumal in Verbindung mit der Fortsetzung des Verkehrs — als Genehmigung des Auszugs resp. seines Saldo gelte.

Der Appellationsrichter hat die Beweisaufnahme über diese Behauptung abgelehnt, weil über die Frage, ob in einem bestimmten Verhalten, also in einer Unterlassung ein Anerkenntniß zu finden, eine „Usance“ mit rechtlicher Wirkung sich nicht bilden könne; denn das Anerkenntniß bilde einen unveränderlichen Rechtsbegriff, und ob es im einzelnen Falle vorliege, sei nicht aus dem materiellen, sondern aus dem formellen Recht zu entscheiden.

Durch diese Argumentation hat er rechtsgrundsätzlich gefehlt. — Die Angaben des Klägers lassen nicht mit Sicherheit erkennen, ob er sich auf Handelsgewohnheitsrecht, oder auf einen thatsächlichen Handelsbrauch hat berufen wollen. In dem einen wie in dem andern Falle ist die Nichtigkeitsbeschwerde begründet.

Im ersteren Falle hat der Appellationsrichter den Art. 1 des H.-G.-B.'s verletzt, indem er leugnet, daß das Handelsgewohnheitsrecht die rechtlichen Voraussetzungen eines verpflichtenden Anerkenntnisses zu bestimmen, insoweit also das bürgerliche Recht zu modifiziren vermöge.

Im anderen Falle hat er gegen Art. 279 a. a. O. verstoßen, welchen er gleich dem Art. 1 als ausgeschlossen bezeichnet.“ (27. Juni 71. St. II. 63; C. I. 120.)

2. „Abgesehen davon, ob das auf eine sehr dürftige species facti gestützte „Gutachten", in welchem sich die Handelskammer (zu Frankfurt a. M.) ohne weitere Motivirung, als durch Berufung auf Handelsgebrauch und Handelssitte, dahin ausspricht, daß der im vorliegenden Prozesse ursprünglich geltend gemachte Anspruch begründet sei, überall als ein Zeugniß eines bestehenden allgemeinen Handelsgebrauchs gelten kann." (13. Juni 71. C. I. S. 264.)

Ausländisches Recht.

3. Der Richter darf ausländisches Recht, soweit es ihm bekannt, anwenden, oder sich von Amtswegen Kenntniß desselben verschaffen. Eine Verpflichtung liegt ihm aber in dieser Hinsicht nicht ob, er kann also auch von der Partei den Beweis eines ihm nicht bekannten ausländischen Rechtssatzes fordern. Diesen Beweis hat diejenige Partei zu erbringen, welche sich auf das fremde Recht beruft, „widrigenfalls sie sich nicht darüber beklagen kann, daß der Richter nicht in der Lage ist, einen ihm nicht bekannten ausländischen Rechtssatz anzuwenden, sondern nach dem ihm bekannten einheimischen Recht entscheiden muß". (14. Febr. 71. M. II. 3; St. II. 49.)

4. „Anlangend das vom Gericht zweiter Instanz zu beobachtende weitere Verfahren, so wird es bei dem Streit der Parteien über den Inhalt des in Venedig geltenden Rechts, angemessen sein, daß der Richter, sofern seine Kenntniß von demselben nicht eine vollkommen sichere sein sollte, dem Beklagten, welcher einen nach venetianischem Recht gültigen Schiedsvertrag behauptet, den Beweis dieser Behauptung, unter Zulassung des klägerischen Gegenbeweises auferlegt. Soweit es sich dabei um die Geltung von Rechtssätzen, gleichviel ob Gesetzen oder auch etwa maßgebenden Gewohnheitsrechtssätzen handelt, bleibt den Parteien unbenommen, die bereits namhaft gemachten Beweismittel durch anderweitige zu ergänzen, bezw. zu ersetzen. (Goldschmidt, Handb. d. Handelsr. I. §. 38. Note 13 ff. Seuffert's Archiv XVIII. Nr. 1*)." — (16. Mai 71. M. II. 69; St. II. 39.)

Art. 4.

Kaufmann.

5. Beklagter bestreitet die handelsgerichtliche Kompetenz, weil er nicht mehr Kaufmann sei. Sein Austritt aus der Firma J. W. & Co. ist vor Einreichung der Klage der Firmenbehörde angezeigt, in der Zwischenzeit zwischen Ueberreichung und Behändigung der Klage zum Handelsregister verlautbart worden. „Allein hieraus folgt nicht, daß Bekl. mit dem Austritt aus jener Firma den kaufmännischen Geschäftsbetrieb gänzlich eingestellt habe. Der Beweis dieses Umstandes traf, der liquiden Thatsache gegenüber, daß Bekl. bis kurz vor dem Zeitpunkt der Klagebehändigung die Eigenschaft eines Kaufmannes wirklich gehabt hat, lediglich den Bekl. als denjenigen, der seine Rechtsvertheidigung auf die Behauptung einer Veränderung eines früher bestandenen Zustandes stützt." (21. Okt. 70. M. I. 18; St. I. 26; C. I. 514.)

---

*) Soll wohl heißen 101, wenigstens nach der Quartausgabe.

Art. 7.

Handelsfrau.

6. „Die Beklagte ist als Handelsfrau nicht nur von dem Kläger in der Klagschrift, sondern auch von dem Prozeßgerichte in der Ladung wie in der ersichtlichen Registratur und in dem Bescheide ausdrücklich bezeichnet. Es ist unter diesen Umständen anzunehmen, daß das Prozeßgericht die der Beklagten beigelegte Eigenschaft (gegen welche diese, wie es auch lag, keinerlei Einwand erhoben) nicht auf die bloße Angabe des Klägers hin angenommen, sondern als einen auf eigener Wissenschaft beruhenden, gerichtskundigen oder notorischen und deshalb nach allgemeinen Grundsätzen eines weiteren Beweises nicht bedürftigen Umstand betrachtet hat. Der angeregte Zweifel, ob Beklagte nicht blos thatsächlich das Handelsgewerbe betrieben, sondern auch durch die Genehmigung ihres Ehemannes dazu befugt gewesen sei, kann dabei um so mehr für erledigt angesehen werden, als das Prozeßgericht, als ordentliche Obrigkeit der Beklagten, mit deren persönlichen Verhältnissen voraussetzlich vertraut genug ist, daß ihr auch das hier fragliche rechtliche Moment nicht hat entgehen können.“ (15. Dezbr. 70. C. I. S. 284.)

Art. 10.

Kaufmann minderen Rechts (Kontokurrent).

7. „Bekl. hat zu der Zeit, als er die in Rechnung gestellten Waarenposten von der klagenden Handlung entnommen, . . . das Gerberhandwerk betrieben. In Betreff der gedachten Waarenanschaffungen ist er hiernach zwar im Sinne des H.-G.-B.'s (Art. 4 verb. mit Art. 211 sub 1) als Kaufmann zu betrachten, jedoch nicht in des Wortes voller Bedeutung, sondern nur unter den im Art. 10 enthaltenen Beschränkungen. Dieser Umstand ist nicht ohne Gewicht für Beurtheilung der Natur des unter den Parteien bestandenen Geschäftsverkehrs. So zulässig es auch unter gewissen konkreten Verhältnissen erscheinen mag, aus der Modalität der, längere Zeit zwischen zwei Geschäftsfreunden gleichmäßig fortgesetzten, Buchung einen Rückschluß auf deren Vertragsabsicht zu ziehen und deren Einverständniß dahin zu konstatiren, daß die einzelnen Forderungsbeträge nur in ihrer Gesammtheit nach einzelnen Perioden zur Aufrechnung gelangen und die sich ergebenden Saldobeträge als neuer Stamm in der Rechnung fortgeführt werden sollen, als worin die Eigenthümlichkeit der laufenden Rechnung im rechtlichen Sinne sich äußert, so wenig ist doch Grund vorhanden, einer derartigen faktischen Uebung rechtliche Folgen über den Kreis des eigentlichen Kaufmannsstandes hinaus und namentlich auch den Beziehungen des Vollkaufmannes zu dem Kleinhändler und Handwerker gegenüber zu verstatten. Denn voraussetzlich haben Geschäftsleute letzterer Art nur die gewöhnliche Abwickelung ihrer geschäftlichen Beziehungen im Auge und selbst wenn sie Geschäftsbücher führen, haben dieselben, weil sie den handelsrechtlichen Formalvorschriften nicht unterliegen, in der Regel einen größeren Werth, als der von Privatnotizen, nicht anzusprechen.“ (22. Juni 71. M. II. 100; C. I. S. 375.)

Art. 22, 24.

Firma (Handelsgesellschaft).

8. Die Berlin-Stettiner Eisenbahngesellschaft hat an den Kaufmann Carl W. zu St. Waaren ausgeliefert, welche an Carl W. & Co. adressirt waren. Eine Firma Carl W. & Co. existirt zu St. nicht. Carl W. hatte die Waaren für eine unter dieser Firma zu gründende Handelsgesellschaft bestellt, die aber nicht zu Stande gekommen ist. Da Carl W. die Waaren weiter veräußert hat und insolvent ist, so verlangt Absender Werthsersatz von der Eisenbahngesellschaft. Zurückgewiesen durch zwei conformes, ebenso die N.-Beschw. Aus den Gründen: „Wäre auch die in keiner Weise glaubhaft gemachte Behauptung des Imploranten gegründet, daß er das Gut nur unter der Voraussetzung zum Transport an Carl W. & Co. aufgegeben hätte, daß eine solche Firma — und zwar als Gesellschafts-Firma, deren Mitglied der Kaufmann Carl W. sei — überall in St. existire: so würde die angebliche Unrichtigkeit dieser Voraussetzung für sich allein die Empfangsberechtigung des Carl W. — somit die Berechtigung der . . . Eisenbahngesellschaft, das Gut an diesen auszuliefern — in keiner Weise berührt haben. Denn einmal wird die Identität des Carl W. weder durch den Umstand betroffen, daß er mit dem Ausdruck Carl W. & Co. bezeichnet wird, — L. 4 pr. Dig. de legatis I. (30) „falsa demonstratio non nocet", weil sie vice nominis fungitur, L. 34 Dig. de cond. (35, 1) und §. 29, 30 Just. de legatis (2, 20). A. L.-R. Th. I. Tit. 12. §. 518 — noch dadurch, ob er allein oder in Verbindung mit Anderen ein Handelsgewerbe betreibt, weil auch in der Handelsgesellschaft die Individualität der einzelnen Gesellschafter keineswegs in einer Persönlichkeit der Gesellschaft selber verschwindet. — Andererseits geht daraus allein, daß Implorant die Waare unter der Adresse „Carl W. & Co." abgesendet hat, keineswegs hervor, noch ist dies vom Appellrichter festgestellt worden, daß Implorant die Eigenschaft des Carl W., Mitglied einer unter gedachter Firma bestehenden Handelsgesellschaft zu sein, überhaupt — geschweige denn ausdrücklich — vorausgesetzt hat, da vielmehr solche Firma unter Umständen sehr wohl auch von einem Einzelkaufmann geführt werden darf (H.-G.-B. Art. 22. 24), ohnehin aber die nackte Thatsache, daß Jemand einen Handelsgesellschafter hat, ohne die im vorliegenden Falle gar nicht behauptete Kenntniß von der Person und den Vermögensverhältnissen des angeblich vorausgesetzten Kompagnons, für die Kreditwürdigkeit des Ersteren völlig gleichgiltig ist, daher verständiger Weise nicht angenommen werden kann, daß auf diese Eigenschaft bei Abschluß oder Ausführung eines Geschäfts irgend welche Rücksicht genommen worden sei." (14. März 71. St. I. 60; C. I. 56.)

Art. 23.

Veräußerung eines Handelsgeschäfts.

9. Die Frage, ob der Geschäftsnachfolger, welcher das Geschäft unter der bisherigen Firma fortführt, den Gläubigern für die vor seiner Uebernahme unter dieser Firma kontrahirten Geschäftsschulden hafte, sowie die hiermit zusammenhängenden Fragen über die Haftung dessen, der in das

Geschäft eines Einzelkaufmannes als Theilnehmer eintritt und in Betreff des Ueberganges der Geschäftsaktiva auf den Geschäftsnachfolger — werden in fünf Erkenntnissen erörtert:

a. Das Erkenntniß vom 21. Febr. 1871 erklärt sich gegen den vom Appellationsrichter aufgestellten, mit der bisherigen Praxis des preuß. Obertribunals übereinstimmenden Grundsatz, wonach „derjenige, welcher ein bestehendes Handelsgeschäft mit Ausscheidung des bisherigen Inhabers allein und ganz übernimmt und unter der alten Firma fortführt, hierdurch ohne Weiteres auch für die vorhandenen Schulden verhaftet wird, dergestalt, daß die Gläubiger berechtigt sind, vom neuen Erwerber ohne Weiteres Zahlung zu verlangen, gleichviel, was in dem zwischen dem Veräußerer und dem neuen Erwerber abgeschlossenen Vertrage in Betreff der Uebernahme der Schulden etwa besonders stipulirt ist". (M. II. 8; St. I. 50; C. I. 63.)

b. Die drei Erkenntnisse vom 21. Oktober 1870, 21. März und 4. April 1871 führen aus, daß die Bestimmung im Art. 113 H.-G.-B.'s nicht analog anzuwenden sei in dem Fall, wo Jemand als Gesellschafter in das Geschäft eines Einzelkaufmannes eintritt (M. I. 18; II. 33, 40; St. I. 26, 64; II. 20; C. I. 5, 83, S. 224.)

c. Das Erkenntniß vom 28. März 1871 verwirft die Ansicht, „daß bei der Uebertragung eines Handelsgeschäftes nebst Firma die Aktiva unbedingt und ohne Weiteres auf den Geschäftsnachfolger übergehen". (M. II. 36; St. I. 67. C. I. 76.)

Die Begründung ist am ausführlichsten in dem zu a. erwähnten Erkenntniß, sie schließt sich hier wie auch in den übrigen angeführten Urtheilen wesentlich an die bekannte Abhandlung von Regelsberger (Goldschmidt, Zeitschr. f. d. ges. H.-R. Bd. 14, S. 1 fgg.) an. Leitende Gesichtspunkte sämmtlicher Entscheidungen sind folgende: Das H.-G.-B. enthält keine allgemeine Bestimmung weder über die Haftung des Geschäftsnachfolgers für die bei Uebernahme des Geschäfts bereits vorhandenen Geschäftsschulden, noch in Bezug auf den Uebergang der Aktiva. Mit Rücksicht auf die Verschiedenartigkeit der einzelnen Fälle hat man es auf der Nürnberger Konferenz absichtlich vermieden, eine derartige Bestimmung zu treffen. Artikel 113 setzt den Eintritt in eine bestehende Handelsgesellschaft voraus und gestattet keine analoge Anwendung auf andere Fälle der Singularsuccession. Auch die Sitte des Geschäftslebens enthält keine allgemeine Norm für die Beurtheilung der verschiedenen hierher gehörigen Fälle. Es muß daher auf die besondere Beschaffenheit jedes konkreten Falles gesehen werden.

Ueber die Frage, wann der Singularsuccessor den Geschäftsgläubigern haftbar wird, spricht sich namentlich das Erk. vom 21. Okt. 1870 aus: „Ist die Uebernahme eines bestehenden Handelsgeschäfts mit allen Passiven von den Betheiligten — in öffentlichen Blättern, oder durch Circulare oder in sonstiger Weise — allgemein bekannt gemacht worden: so ist nach den Grundsätzen des heutigen Handelsverkehrs der Uebernehmer für die Passiven des übernommenen Geschäfts in gleicher Weise, wie für die von ihm selbst kontrahirten Schulden für haftbar zu achten, ohne daß es eines besonderen Nachweises des speziellen Inhalts des zwischen dem Veräußerer und dem Uebernehmer des Geschäfts wegen Vertretung der Schulden abgeschlossenen Vertrags bedarf, gleichviel ob die Firma beibehalten oder geändert wird."

Ebendaselbst über die rechtliche Natur derartiger Veröffentlichungen. — Die Versendung der Circulare muß zum Zweck der öffentlichen Bekanntmachung erfolgt sein; alsdann kommt nichts darauf an, ob auch jedem einzelnen Gläubiger ein Circular wirklich zugekommen ist.

Art. 21—23.

Geschäftsaktiva. — Zweiggeschäft.[1]

10 a. Ein Engagementsvertrag, geschlossen mit den Gebrüdern L. „als Inhaber des Fabrikgeschäftes L. & Co. in Crefeld und Joseph L. in Peterswald", — ist mit den Firmen abgeschlossen, deren aktuelle Inhaber Gebrüder L. damals waren. Die Rechte des Prinzipals aus einem solchen Vertrage gehören zu den Geschäftsaktiven, können daher bei einer Veräußerung des Geschäfts „mit allen Aktiven und Passiven" vom Geschäftsnachfolger geltend gemacht werden.

b. „Das in Peterswald als bloßes Zweiggeschäft des Crefelder Hauptgeschäfts bestehende Fabriketablissement gehört in seinen materiellen Vermögensobjekten wie in den darauf bezüglichen Vertragsforderungen zu den Aktivis der Hauptniederlassung." (3. Okt. 1870. M. I. 7; St. I. 24; C. I. 14.)

Etiketten.

11. „Der als verletzt bezeichnete Rechtssatz, wonach es ein Recht auf den Gebrauch bestimmter Etiketten geben soll, das sich als Eigenthum und demgemäß als ein selbstständiges und ausschließliches Recht charakterisirt, wird weder vom D. H.-G.-B. oder von einem allgemeinen Handelsgebrauche, noch vom Gemeinen Recht als bestehend anerkannt. Ob der vermeintliche Rechtssatz sich aus partikularrechtlichen und bezw. strafrechtlichen Gesetzesbestimmungen herleiten läßt, muß dahingestellt bleiben." (29. November 70. M. I. 37; St. I. No. 16; C. I. 13.)

Art. 34—36.

Handelsbücher. — Beweis.

12. Die Handelsbücher „sind im Termin vorgelegt und bis auf zwei Erinnerungen gegen die Kladde ordnungsmäßig befunden. Jene Mängel sind ohne wesentliche Bedeutung. Es haben sich in der Kladde vielfache Durchstreichungen vorgefunden und ist dieselbe nicht vollständig foliirt gewesen. Art. 32 erwähnt nur solche Durchstreichungen, durch welche der Inhalt unleserlich gemacht wird; daß dies der Fall, läßt die Verhandlung nicht ersehen und ist auch nirgends behauptet. Der Mangel der Seitenzahlen in der Kladde ist vom ersten Richter als ein erheblicher, die Glaubwürdigkeit der Bücher überhaupt beeinträchtigender, nicht angesehen und dafür auch bei der Ordnungsmäßigkeit der Bücher im Uebrigen kaum zu betrachten." (17. Januar 71. St. I. 36; C. I. 35.)

13. Einem Kontobuch, in welches vom Verkäufer die Waarenlieferungen und Zahlungen eingetragen wurden und welches nach jeder Eintragung der

Käufer mit sich nahm, ist vom Appellrichter volle Beweiskraft beigemessen. Die hiergegen eingelegte Beschw. wurde verworfen, „da eine Verletzung eines Rechtsgrundsatzes oder einer wesentlichen Prozeßvorschrift Seitens des Appellationsrichters nicht erfindlich, über den Grad der Beweiskraft solcher Bücher vielmehr vom Richter nach seinem durch die Umstände des konkreten Falles geleiteten Ermessen zu entscheiden sei, die Bestimmungen über die Beweiskraft von Handelsbüchern auch auf Bücher der vorliegenden Art keine Anwendung leiden könnten." (9. Mai 1871. M. II. 63; St. II. 70.)

14a. Kläger hat mit dem im Juli 1865 flüchtig gewordenen Gemeinschuldner in laufendem Wechselverkehr gestanden. Das Guthaben, welches Kläger aus dem am 1. Juli 1865 abgeschlossenen Kontokurrent zur Masse liquidirt, beträgt 5781 Thlr. Der letzte vom Kläger überreichte Rechnungsauszug beginnt unterm 1. Januar 1865 mit einem Saldovortrag von 4079 Thlr. zu Klägers Gunsten. Streitig ist, ob der Kridar diesen Saldo seiner Zeit stillschweigend anerkannt habe. Dabei kommt es zunächst auf die vom Konkursverwalter bestrittene Behauptung an, daß dem Kridar im Januar 1865 der Rechnungsabschluß für das zweite Semester 1864, und zwar mit dem angegebenen Debetsaldo übersendet sei.

„Der Saldo findet sich im klägerischen Hauptbuch eingetragen und gegen die Buchführung ist Nichts eingewendet. Der klägerische Prokurist H. hat bezeugt, daß dem Kridar der so saldirte Rechnungsauszug mittelst Briefs vom 30. Januar 1865 übersendet ist. Das klägerische Kopirbuch enthält den Abklatsch des Zusendungsbriefes von diesem Datum. Dies Alles in Verbindung mit der allgemein üblichen und wie feststehend, auch im Geschäft des Klägers befolgten Regel, bei einem obwaltenden Kontokurrentverhältniß den Geschäftsfreunden Rechnungsauszug und Saldomeldung halbjährlich (oder mindestens jährlich) zur Anerkennung zu übersenden — ergiebt einen starken Beweis dafür, daß das Kontokurrent pro 1. Januar 1865 am 30. dess. Monats dem Kridar in der That zugesendet worden."

b. „Daß der Brief nebst Anlage dem Kridar ausnahmsweise nicht zugegangen wäre, kann nicht vorausgesetzt werden. — Zwar ist die Absendung eines Briefs durch die Post kein voller Beweis für die Aushändigung an den Adressaten. Aber die Aushändigung bildet, namentlich für das Gebiet der damals preußischen Post, immerhin die Regel, und da der Kridar im Falle des ausnahmsweisen Nichtzugangs des für ihn wichtigen Jahresabschlusses kaum unterlassen haben würde, das Ausbleiben zu rügen und die Zustellung zu urgiren, Seitens des Bekl. aber nicht eingewendet ist, daß L. das Ausbleiben des Kontoauszugs gerügt habe: so spricht eine starke Präsumtion dafür, daß er diesen Auszug empfangen hat". (Erfüllungseid für den Kläger.)

c. Bestritten waren im vorl. Fall auch die einzelnen Posten der letzten, mit dem 1. Juli 65 abgeschlossenen Rechnungsperiode. Kläger hat sich auf seine Handlungsbücher berufen. Sein Hauptbuch, welches er dem ernannten Richterkommissar vorgelegt, ist „Post für Post mit den Kontokurrenten vom Jahre 64 und vom 1. Semester 65 verglichen und mit letzteren übereinstimmend gefunden worden. Einwendungen gegen die Buchführung sind nicht erhoben; eine Ausstellung gegen irgend eine einzelne Post ist nicht ge-

macht, und die Vorlegung der mit dem Hauptbuch korrespondirenden Spezialbücher des Klägers, zu welcher er sich erboten, ist nicht begehrt. Da auch der Kridar Kaufmann war, so ist für die Richtigkeit des Kontokurrents pro 1. Juli 65 ein unvollständiger Beweis erbracht. Art. 34 H.-G.-B. Anschütz und Völderndorf, Kommentar, Bd. 1. S. 251. 258.

Dieser Beweis wird dadurch nicht geschwächt, daß die Buchführung des Kridars falsch ist. Sein Hauptbuch enthält kein Konto des Klägers, obschon es nach den vom Bekl. edirten Briefen ein solches Konto enthalten müßte. Selbst das Wechselbuch, obschon es über die hauptsächlich im Wechselverkehr bestandene Geschäftsbeziehung der Parteien genauen Aufschluß geben müßte, ist wenigstens für die Zeit nach dem 1. Juli 65 unvollständig, indem es nach des Bekl. Angabe von den sechszehn in der Klage spezifizirten und nunmehr festgestellten Wechselforderungen nur zwei nachweist. Die Uebereinstimmung der beiderseitigen Bücher also steht dem Kläger nicht zur Seite. Allein die ordentlich geführten Handlungsbücher eines Kaufmanns verlieren ihre Beweiskraft gegen einen geschäftsverbundenen Kaufmann nicht dadurch, daß Letzterer Bücher unordentlich, falsch oder gar nicht geführt hat. Im Gegentheil, die falsche Buchführung des Gegners kann die Glaubwürdigkeit der Bücher des anderen Theils erhöhen; H.-G.-B. Art. 34, Abs. 2 am Ende. v. Hahn, Kommentar, Bd. 1. S. 98 ff." (14. März 1871. St. I. 59.)

Art. 37.

Handelsbücher. — Vorlegung.

15. „Jedenfalls ist, wie schon das im Eingang des Art. 37 gebrauchte Wort kann andeutet, in Betreff der Zulässigkeit der vom Gesetz geordneten Maßregel das nach den Umständen jedes einzelnen Falles sich normirende richterliche Ermessen entscheidend. In dieser Beziehung wird der Richter sein Absehen vorzugsweise darauf zu richten haben, daß er einer Maßregel, welche die Interessen des Kaufmannes in hohem Grade berührt und mindestens beschwerlich für denselben ist, auch störend auf den Geschäftsgang einwirkt, nur in solchen Fällen Anwendung verstattet, in denen ein prozessualer Erfolg mit Grund in Aussicht genommen werden kann. Anderen Falles würde die Gefahr nahe liegen, daß das vom Gesetzgeber zum Rechtsschutz verstattete Rechtsmittel zu bloßer Chikane des Gegners oder wenigstens zu nutzloser Verschleppung des Prozeßverlaufs mißbraucht werde." (26. Mai 71. St. II. 46; C. I. S. 216.)

16. Der Art. 37 enthält eine rein prozessualische Bestimmung. „Es handelt sich hier nicht um eine Modifikation der Grundsätze über Urkundenedition, sondern um eine Erweiterung der richterlichen Befugnisse im Prozesse. Recht klar tritt dies im Entwurf erster Lesung hervor, in dem der entsprechende Artikel so lautet: „„im Laufe eines Rechtsstreites kann der Richter selbst ohne Antrag einer Partei die Vorlegung der Bücher verordnen, damit u. s. w."" — Aber auch in der Abänderung, die der Entwurf demnächst erfahren hat, ist der Gedanke festgehalten, daß es sich nur um die Erweiterung der richterlichen Befugnisse, nicht um das Recht der Parteien handle.

Nicht der Partei, vielmehr dem Richter werden die Handelsbücher, wiewohl unter Zuziehung der antragenden Partei, vorgelegt, und der Gedanke an ein Recht der Gegenpartei ist schon durch das Wort „kann", welches die Entscheidung dem richterlichen Ermessen anheimstellt, gänzlich ausgeschlossen."

Allgemeinen Rechtsgrundsätzen zufolge findet deshalb die Vorschrift des Art. 37 auch auf solche Rechtsverhältnisse Anwendung, die bereits vor Einführung des H.-G.-B.'s begründet worden sind.

b. „Nur das kann zweifelhaft sein, ob das Betriebsbuch, um dessen Vorlegung es sich hier handelt, zu den Handelsbüchern gehört, von denen Art. 37 redet. Man hat nämlich den Ausdruck nicht selten auf diejenigen Bücher beschränkt, die von einem Kaufmann geführt werden müssen (Anschütz und v. Völdernborf, Kommentar I. S. 280) und in diesem Sinne hatte ein Bd. 8 S. 564 der Zeitschr. für d. ges. H.-R abgedrucktes Erkenntniß des Oberhandelsgerichts zu Mannheim die Pflicht zur Vorlage des Bestellbuches negirt. Allein de facto geführte Bücher stehen den nach gesetzlicher Vorschrift zu führenden ganz gleich, vorausgesetzt, daß die de facto geführten Bücher in Beziehung zu dem kaufmännischen Gewerbe stehen, was rücksichtlich des Betriebsbuches nicht zweifelhaft sein kann." (17. März 71. M. II. 29; C. I. S. 283.)

Art. 47, 58.

Handlungsbevollmächtigter.

17 a. „Als Handlungsbevollmächtigter ist auch derjenige anzusehen, welchen ein Prinzipal zu einem einzelnen Geschäft in seinem Handelsgewerbe bestellt hat."

b. Die zweite Instanz hatte angenommen, daß die von einem Bankier seinem Buchhalter ertheilte Vollmacht, ein Fixgeschäft über Lieferung von Lombardisch-Venetianischen Eisenbahnaktien (Lombarden) abzuschließen, nicht ohne Weiteres auch auf ein so bedenkliches Geschäft wie die Prolongation eines Kaufgeschäftes über Werthpapiere von so schwankendem Kurse wie Lombarden zu erstrecken sei. Diese Argumentation enthält keine Verletzung des in der klägerischen Nichtigkeitsbeschwerde angerufenen Art. 58 H.-G.-B. (24. Jan. 71. M. I. No. 72; St. I. 37; C. I. 55.)

Art. 49.

Handlungsreisende.

18. Art. 49 bezieht sich nur auf solche Reisende, welche Handlungsbevollmächtigte im Sinne des Art. 47 sind, d. h. in einem Abhängigkeitsverhältniß zum Auftraggeber stehen. Dies geht aus der Fassung des Art. 49 wie aus seiner Entstehungsgeschichte hervor; aus letzterer ergiebt sich, daß der Artikel nur die Entscheidung der Frage bezweckte, ob die präsumtive Vollmacht des Handlungsbevollmächtigten (Art. 47, Abs. 1), welcher als solcher vom Prinzipal zum Abschluß von Geschäften auf Reisen geschickt ist, sich auch auf die Einziehung der Kaufpreise aus von ihm abgeschlossenen Verkäufen und auf Bewilligung von Zahlungsfristen dafür erstrecke (Protok. S. 4515 fg., 4613). Die allgemeinere Frage, ob und unter welchen Vor-

aussetzungen einem Geschäftsreisenden, welcher nicht Handlungsbevollmächtigter im Sinne des Art 47 ist, die vorgedachten Befugnisse zustehen, ist offen geblieben. „Doch folgt aus der angedeuteten Entstehungsgeschichte des Art. 49 in Verbindung mit der der Verkehrssicherheit schuldigen Rücksicht und mit der Erwägung, daß dem Auftraggeber die Verpflichtung obliegt, zur Vermeidung der sonst unausbleiblichen Benachtheiligung dritter Personen Vorkehrungen zu treffen, welche solche Benachtheiligungen thunlichst zu verhindern geeignet sind, jedenfalls so viel, daß in Bezug auf Geschäftsreisende, die zwar nicht Handlungsbevollmächtigte, gleich diesen aber von den Auftraggebern ermächtigt sind, an auswärtigen Orten bei alten und neuen Kunden Bestellungen auf Waaren zu suchen und mit den Kunden über Waarenlieferungen Verträge zu schließen, welche sich daher bei Vollziehung ihrer Aufträge in ihrem Gebahren von Handlungsreisenden im Sinne der Art. 47 und 49 den Kontrahenten gegenüber nicht unterscheiden, Letztere, sofern ihnen nicht das fehlende Dienstverhältniß bekannt ist, oder bekannt sein muß, für wohlberechtigt anzusehen sind, dergleichen Reisende als wirkliche Handlungsreisende zu betrachten, und daß daher die Auftraggeber solcher Reisenden deren Handlungen ebenso wider sich gelten lassen müssen, als wenn sie die Reisenden in Gemäßheit des Art. 47 zu Handlungsbevollmächtigten bestellt gehabt hätten." (13. Dezember 70. M. I. 44; St. I. 32; C. I. 61.)

Art. 52. Abs. 2 (298).

Stellvertretung.

19. „Da es selbstverständlich ist, daß die etwaigen von E. B. mit dem Bekl. abgeschlossenen Verkaufsgeschäfte selbst dann als Namens der Kläger geschlossen zu gelten haben, wenn auch, ohne daß bei dem Abschluß der Geschäfte, der Kläger als derjenigen, für welche E. B. verkaufe, ausdrücklich Erwähnung geschah, der Bekl. aus früheren Erklärungen des E. B. oder aus anderen Umständen entnahm oder annehmen mußte, daß der eben Genannte die Verkäufe nicht für sich, sondern für die Kläger schließe." (15. Okt. 70. M. I. No. 13.)

Stellvertreter.

20. Die Frage, ob Jemand als Stellvertreter, d. h. im Namen seines Mandanten oder als Kommissionär zwar im Interesse seines Auftraggebers aber in eigenem Namen kontrahirt habe, kann im konkreten Fall nicht geringe Schwierigkeiten machen. Grund dieser Schwierigkeit ist die ungenaue Ausdrucksweise des praktischen Lebens, vornehmlich die Mehrdeutigkeit des Wortes für. Das Wort für bedeutet nicht blos „zu Gunsten" oder „zum Vortheil" oder „für Rechnung", sondern auch soviel wie „anstatt". Der Auftrag „kaufe, verkaufe für mich" kann also bedeuten: „werde Du statt meiner Gläubiger und Schuldner aus dem Kaufvertrag", d. h. kontrahire als Kommissionär — aber auch: „sei mein Stellvertreter, so daß Deine Handlung rechtlich als die meinige gilt". Die letztere Deutung liegt näher, denn dem Kommissionär gegenüber braucht der Kommittent die Worte „für mich" nicht besonders hinzuzufügen, sie verstehen sich hier von selbst. Vollends ist diese Deutung dann nahe gelegt, wenn der Beauftragte dem Dritten

gegenüber erklärt: „ich kaufe für N. N." Der Kommissionär hat regelmäßig keine Veranlassung, dem Dritten den Namen seines Kommittenten zu nennen, ausnahmsweise kann eine solche allerdings vorhanden sein. (24. Juni 71. M. II. 89.)

Faktor.

21. „Der Appellationsrichter ist durch die Prüfung einer Reihe thatsächlicher Umstände zu der Auffassung gelangt, daß Sch. nicht Einkaufskommissionär, sondern Faktor des Imploranten gewesen. — Bei der Beleuchtung des Einwandes, daß Sch. mitunter auch für eigene Rechnung Korngeschäfte gemacht habe — findet er, daß die Geschäfte für eigene Rechnung, wenn schon sie im Allgemeinen und möglicher Weise Zweifel an der Faktorstellung begründen könnten, doch im vorliegenden Fall letztere nicht erschüttern würden.

Es bedarf keiner Ausführung, daß der Appellationsrichter durch diese Argumentation nicht den Rechtsbegriff eines Faktors verkannt, noch die Faktoreneigenschaft in unzulässiger Weise vermuthet haben kann. Aber ebenso wenig ist die Richtigkeit des angeblich verletzten Rechtssatzes,

„die Eigenschaft eines Faktors setzt begrifflich voraus, daß derselbe nicht für eigene Rechnung Handelsgeschäfte treibe"

anzuerkennen. Man kann zugeben, daß mit der Pflicht eines Prokuristen zur Verwendung seiner Thätigkeit und Sorgfalt in dem Geschäft und für das Interesse des Prinzipals der gleichzeitige Geschäftsbetrieb für eigene Rechnung nicht wohl verträglich ist. Aber „begrifflich" ist der letztere durch die Faktorstellung nicht ausgeschlossen, — Pöhls Handelsrecht I. S. 88 — diese besteht, wenn der eigene Geschäftsbetrieb vom Prinzipal erlaubt oder auch nur gekannt oder nicht untersagt ist — vgl. A. L.-R. der preußischen Staaten II. 8. §. 523; H.-G.-B. Art. 56; Motive z. preuß. Entw. S. 30 — und sie erlischt nicht ipso jure dadurch, daß der Faktor heimlich Eigengeschäfte treibt". (11. März 71. C. I. 73; St. I. S. 397.)

Agent.

22 a. Kläger berufen sich auf Art. 54 H.-G.-B., zufolge dessen Handlungsvollmachten jeglicher Art, also auch Agenturen, jeder Zeit widerrufen werden können. Aber sie haben nicht erwähnt, daß Art. 54 hinzufügt: „unbeschadet der Rechte aus dem bestehenden Dienstverhältniß". Dieser Artikel schließt demnach die Begründung eines dauernden Kontraktsverhältnisses zwischen Prinzipal und Agenten nicht aus.

b. Ein solches Kontraktsverhältniß kann nicht nur mittelst ausdrücklicher Verabredungen, sondern auch durch konkludente Handlungen begründet werden. Derartige konkludente Handlungen liegen hier vor, sie rechtfertigen die vom Bekl. geltend gemachte Auffassung, wonach das Agenturverhältniß zwischen ihm und den Klägern derart periodisch dauernd gewesen sein soll, daß dasselbe, wenn zu Anfang der Geschäftszeit eines Jahres neu begonnen, als bis zu dessen Ende fortbestehend habe angesehen werden dürfen und müssen.

„Wesentlich unverändert hatte der Beklagte seit 1851 die Agentur für die Kläger verwaltet. Hierbei waren die Geschäfte der einzelnen Jahreszeiträume immer als maßgebende Einheits-Komplexe behandelt worden, indem

die Hingabe des klägerischen Musterlagers an den Beklagten, resp. die Kompletirung und Arrangirung desselben, je für die Geschäftszeit eines Jahres, um die Zeit des Beginnes derselben stattgefunden hatten, die Berechnung und Vergütung der dem Beklagten gebührenden Provision in Jahresperioden geschehen waren und, so lange dem Beklagten eine besondere Miethevergütung gezahlt wurde, auch diese Vergütung jedesmal auf einen Jahreszeitraum sich bezogen hatte. — Wenn nach diesen gleichmäßigen Vorgängen einer langen Reihe früherer Jahre die Kläger den Beklagten beim Beginn der Geschäftszeit 1870 (im März des genannten Jahres) wiederum in den Besitz des neu arrangirten Musterlagers sammt Preislisten und Instruktionen für die Geschäftszeit 1870 setzten, ohne irgendwie Erwähnung davon zu thun, daß das bis dahin beobachtete Verhältniß verändert, resp. demselben vor dem Schluß der Geschäftszeit 1870 ein Ende gemacht werden solle, so lag hierin eine Bekundung seitens der Kläger, welche den Beklagten berechtigte, das frühere Verhältniß, dessen gesammter unter den Parteien usueller Behandlung nach, für das ganze Geschäftsjahr 1870 als erneuert anzusehen. Dies um so mehr, als, wie auch den Klägern bekannt war, die Führung ihrer Agentur dem Beklagten die Nothwendigkeit auflegte, nicht unbeträchtlichen Aufwendungen an Miethe und Salair für die bevorstehende Geschäftszeit sich zu unterziehen, und überdies den Beklagten daran verhinderte, mit anderen Produzenten der von den Klägern fabrizirten Artikel in Geschäfte sich einzulassen. Uebrigens war für beide Theile nach dem Vorgang im März 1870 das frühere Verhältniß für die Geschäftszeit des Jahres 1870 erneuert. Hätte der Bekl. die Agentur der Kl. im Laufe der Geschäftszeit 1870 einseitig niedergelegt, vollends wäre er in ein entsprechendes Verhältniß zu einem Konkurrenten der Kl. getreten, so wären diese zweifellos berechtigt gewesen, ihn wegen Kontrakts- und Treubruchs auf Ersatz des Interesse in Anspruch zu nehmen." (26. Mai 71. M. II. 77; C. I. 144.)

23. „In Erwägung, daß die Befugnisse eines Agenten durch das Handelsgesetzbuch nicht generell normirt, sondern nach den Umständen des konkreten Falles zu bestimmen sind; daß es im vorliegenden Fall nicht näher aufgeklärt ist, ob Verklagter zum Abschlusse der fraglichen Kaufverträge für die Handlung H.-O. bevollmächtigt war und die Verträge wirklich als Bevollmächtigter abgeschlossen, oder aber, wie Verkl. behauptet, nur die Anknüpfung der Geschäftsverbindung zwischen der Handlung H.-O. und W. vermittelt hat; daß dies aber auch dahingestellt bleiben kann, da auch der zum Vertragsabschlusse bevollmächtigte Agent nicht unter allen Umständen und ohne Weiteres auch als zum Geldempfang ermächtigt zu erachten ist." (16. Mai 71. M. II. 71; St. II. 38; C. I. 96.)

24. „In Erw., daß R., welcher ein nicht in einem Dienstverhältniß zur Klägerin stehender Agent derselben war, zum Geldempfang für die Klägerin keine Vollmacht gehabt hat, auch keine anderweiten Momente dargelegt sind, woraus zu entnehmen wäre, daß die Beklagte durch die (angeblich) an R. geleistete Zahlung der Klägerin gegenüber liberirt wäre." (20. Juni 71. St. II. 61.)

25. Die Police der Feuerversicherungs-Gesellschaft „Colonia" legt im §. 11 der „Allgemeinen Versicherungsbedingungen" bei Gebäudeversicherungen den Versicherten die Pflicht auf, „falls der Inhalt der Gebäude anderweitig versichert ist, oder eine solche Versicherung beabsichtigt wird, bei Verlust ihres Entschädigungsanspruches solches der „Colonia" anzuzeigen und bei gleichen Bedingungen nach Ablauf ihr die Versicherung zu überlassen". — Die hier vorgeschriebene Anzeige konnte gültig auch an den Spezialagenten der Gesellschaft, Z. geschehen. Es steht fest, daß derselbe ermächtigt war, Versicherungsanträge zur Uebermittelung an die Hauptagentur, bezw. an die Direktion der Gesellschaft entgegen zu nehmen. „In den Kreis dieser Versicherungsanträge aber gehören, soweit nicht eine Einschränkung gewollt und erkennbar ist, selbstverständlich auch diejenigen Anzeigen, welche nach §. 11 cit. der Versicherungsnehmer oder bereits Versicherte der Versicherungsgesellschaft zu dem Zweck zu machen hat, um dieselbe zur Ausübung ihres Vorversicherungsrechtes in den Stand zu setzen; sie sind entweder wahre Versicherungsanträge oder eine Vorbereitung zu solchen." — Unterläßt es der Agent, eine solche Anzeige an die Gesellschaft zu übermitteln, oder lehnt er den darin enthaltenen Versicherungsantrag ab, so kann die dem Agenten hierbei etwa zur Last fallende Verletzung seiner Instruktionen selbstverständlich nur der Gesellschaft, nicht dem redlichen Dritten nachtheilig sein. Zu dem in der Ablehnung des Antrages etwa zu findenden „Verzicht" bedurfte der Agent auch keineswegs einer Spezialvollmacht, „da mit der Ermächtigung des Agenten, Versicherungsanträge entgegenzunehmen, mindestens im Zweifel die Ermächtigung verbunden ist, gestellte Versicherungsanträge abzulehnen". — „Dagegen würde eine nur gegen den Buchhalter oder Kommis des Agenten E. ausgesprochene Versicherungsabsicht des Klägers und eine von diesem Buchhalter oder Kommis ausgegangene Ablehnung nicht genügt haben, sollte auch letzterer von Z. mit der Bearbeitung der Versicherungsgeschäfte betraut gewesen sein, denn es ist nicht behauptet und im Zweifel nicht anzunehmen, daß Z. zu solcher Substitution mit verbindlicher Wirkung gegenüber der Versicherungsgesellschaft befugt war." A. L.-R. Th. I. Tit. 13 §. 37 fgg., H.-G.-B. Art. 53. (2. Mai 71. M. II. 57; St. II. 31; C. I. 21.)

26. Klägerin hat ihrem Agenten schriftlich folgende Zusicherung gemacht: „Ich gewähre Ihnen die unten festgestellte Provision auf die Netto-Faktura-Beträge . . . der durch Ihre Bemühungen und Vermittelung mir zugeführten Konsumenten und von denselben mir eingehenden direkten oder indirekten Aufträge". — Klägerin hat sich durch dieses Versprechen nicht auf unbestimmte Zeit verpflichten, also nicht die Verbindlichkeit übernehmen wollen, für alle Bestellungen, welche seitens der ihr vom Bekl. zugewiesenen Kunden jemals gemacht werden möchten, demselben und seinen Rechtsnachfolgern die fragliche Provision zu gewähren. „Die Uebernahme solcher Verpflichtung würde sich als eine Abnormität darstellen, welche wohl überhaupt und namentlich im Handelsverkehr ohne Beispiel wäre. Sie kann daher nicht unterstellt werden. Vielmehr ist anzunehmen, daß sich Klägerin unter allen Umständen nur für die Zeit während des Bestehens des ganzen Vertragsverhältnisses, d. h. für die Zeit, in welcher der Verklagte als ihr Agent thätig war, zur

Provisionszahlung hat verpflichten wollen. Auch dann, wenn man die Verbindlichkeit der Klägerin auf die von dem Verklagten nicht speziell vermittelten Bestellungen ausdehnt, muß sie doch als dadurch bedingt angesehen werden, daß Verklagter überhaupt noch für das Interesse der Klägerin thätig war, nämlich für dieselbe neue Kunden zu gewinnen, und die alten zu ferneren Waarenbestellungen zu bestimmen suchte. Diese Thätigkeit ist nach dem Wesen des Agenturvertrags und nach der präsumtiven Absicht der Kontrahenten als generelle Gegenleistung der Provisionsverpflichtung zu betrachten. Letztere hörte daher mit der ersteren gleichzeitig auf, erreichte also ihr Ende, sobald der Vertrag selbst nach den oben citirten Gesetzesbestimmungen der Aufhebung unterlag." (17. Juni 71. C. I. 109.)

27. „Jedenfalls entspricht es den kaufmännischen Anschauungen und den handelsrechtlichen Prinzipien, eine kaufmännische Agentur als mit der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Agenten aufgehoben zu betrachten." — Die Bestimmungen des preußischen Rechts führen zu demselben Ergebniß. A. L.-R. Th. I. Tit. 13. § 197; Konk.-Ordn. v. 8. Mai 1855. §§. 19, 16. (17. Juni 71. M. II. 98; C. I. 109.)

Art. 57 fgg.

Commis intéressé.

28. „Kläger ist vom Bekl. für dessen kaufmännisches Geschäft gegen Zusicherung von $1/4$ des Reingewinns eines Jahres als Kommis zu Reisen und im Komtoir angenommen. Er ist dadurch unzweifelhaft zu dem Bekl. als zu seinem Geschäfts- und Dienstherrn in ein Dienstverhältniß getreten. — Die Zusicherung einer Quote des Reingewinnes ändert in diesem Verhältniß nichts. Bekl. bleibt der Geschäftsherr, Kläger der ihm unterworfene Kommis, dem ein Einfluß oder eine Stimme bei Leitung der Geschäfte nicht zusteht und ebenso wenig auch ein Widerspruch gegen die Anordnungen des Herrn, der vielmehr den Anordnungen des Herrn Folge leisten muß."

Kläger kann daher nicht vom Bekl. wie von einem Verwalter Rechnungslegung beanspruchen. Dagegen „wird ihm allerdings die eigene Prüfung des ihm vorzulegenden Geschäftsnachweises, der Bilanz, nicht versagt werden können; es wäre eine offenbare Beschränkung seines vertragsmäßigen Rechtes auf eine Quote des Reingewinnes, wenn er sich unbedingt und ohne jede eigene Prüfung bei dem Gewinnnachweise des Bekl. beruhigen müßte". Die Prüfung der Richtigkeit der Bilanz aber ist wesentlich auf deren Uebereinstimmung mit den Büchern und Papieren zu beschränken, auf Irrthümer und Unrichtigkeiten, die etwa auf Unredlichkeit oder grobem Verschulden beruhen sollten. Ausstellungen gegen die Geschäftsführung selbst sind nicht zu gestatten, ein Moniturverfahren wie gegen die Verwaltungsrechnung eines Verwalters fremder Güter kann nicht Platz greifen.

Hiernach ist es ausreichend, wenn dem Kläger die Bilanz und behufs deren Prüfung die Geschäftsbücher, Papiere und Inventur vorgelegt werden. Dagegen ist dem Kläger die Befugniß, sich Notizen aus den Geschäftsbüchern und Papieren zu fertigen, abgesprochen und ebenso ist sein Anspruch auf eine Abschrift der Bilanz zurückgewiesen worden.

In Betreff der Notizen wird bemerkt: „Im Wesentlichen stimmt damit auch der Ausspruch der sachverständigen Beisitzer des Handelsgerichts überein, daß zur Prüfung der Richtigkeit der Bilanz nur ein Vergleichen und Nachrechnen mit den ordnungsmäßig geführten Handlungsbüchern und der Inventur erforderlich sei. Sie leugnen damit noch keineswegs, daß bei vorgefundenen Unordnungen in den Büchern oder bei einem besonderen Umfange des Geschäfts Notizen erforderlich werden dürften, ihr Ausspruch gilt nur als Regel für gewöhnliche Fälle. Ausnahmen sind dadurch nicht ausgeschlossen, sie müssen aber nachgewiesen werden." (7. Jan. 71. M. I. 58; St. I. 44; C. I. 52.)

Lehrvertrag.

29. „Dem Lehrherrn als solchem steht eine Disziplinargewalt über den Lehrling zu kraft deren er ihn zur Erfüllung des Lehrvertrages anhalten kann, mag derselbe vom Vater des Lehrlings im eigenen Namen oder im Namen des Sohnes abgeschlossen sein. Soweit jedoch die eigenen Disziplinarmittel der Lehrherren nicht ausreichen, muß er die Hülfe des Gerichts in Anspruch nehmen, dessen Einschreiten in einem solchen Fall nach den Grundsätzen der jurisdictio voluntaria zu beurtheilen ist. — Eine solche Hülfe darf aber das Gericht nur nach vorgängiger causae cognitio dem Lehrherrn gewähren und daß diese durch das Einverständniß des Vaters mit den Anträgen des Lehrherrn nicht ersetzt werden kann, versteht sich von selbst. (17. März 1871. M. II. 31.)

Art. 61–64.

Handlungsgehülfe.

30 a. „Einem Kommis, welchem sein Prinzipal die sofortige Beendigung des Dienstverhältnisses ankündigt und das fernere Betreten der Geschäftsräume untersagt, kann daraus kein Präjudiz erwachsen, daß er sich dieser Weisung des Geschäftsherrn fügt, ohne sich auf Remonstrationen einzulassen oder gar Widerstand zu leisten." In einem solchen Verhalten des Kommis liegt also weder eine Zustimmung zur Aufhebung des Dienstverhältnisses, noch geht er hierdurch der Ansprüche gegen den Prinzipal verlustig.

b. Der Gehaltsanspruch des Kommis ist in diesem Falle nicht davon abhängig, daß er die ihm vertragsmäßig obliegenden Arbeiten geleistet oder seine Bereitschaft zu denselben manifestirt habe. „Wer mit Bestimmtheit erklärt, daß er Leistungen, zu welchen ein Anderer ihm gegenüber verpflichtet ist, nicht entgegennehmen will, bringt sich in die Lage, daß, so lange er nicht etwa jene Erklärung in gehöriger Weise und rechtzeitig zurückgezogen hat, sein Mitkontrahent dieselbe als wirksam zu Grunde legen darf."

c. „Art. 62 erkennt die Möglichkeit des Vorhandenseins wichtiger Aufhebungsgründe in unbestimmter Mannigfaltigkeit an und die sechs Gründe des Art. 62 werden nur als einzelne Exemplifikationen des Art. 62 aufgeführt."

d. „Das H.-G.-B. enthält über die Frage, ob im Fall einer auf Seiten des Dienstherrn durch Kasus oder Kontraktbruch eingetretenen intempestiven Beendigung des Dienstverhältnisses die etwaige anderweitige Ver-

werthung der Zeit und Kräfte des Angestellten während des Zeitraums, für welchen dieser Gehaltszahlung beantragt, dem Dienstherrn zu Gute zu rechnen sei, keine Bestimmung." Diese Frage ist daher in Ermangelung von Handelsgebräuchen nach dem allgemeinen bürgerlichen Recht zu entscheiden. (12. Mai 1871. M. II. 67; C. I. S. 300.)

Art. 56. 59.

Handlungsgehülfe.

31. Bekl. hat vier Jahre lang einem Zweigetablissement des klägerischen Fabrikgeschäftes vorgestanden, dann diese Stellung vertragswidrig verlassen. Daß durch diese Handlungsweise dem Prinzipal ein Schaden entstanden sei, wird für erwiesen erachtet. „Daß die durch vierjährige Thätigkeit vom Bekl. erworbene genaue Bekanntschaft mit den objektiven und subjektiven Bedingungen des klägerischen Fabrikationsbetriebes nicht im gleichen Grade von dem an Stelle des Bekl. angenommenen Kommis erwartet werden kann, ist ebensowenig zu bezweifeln, als andererseits die Schlußfolgerung beanstandet werden mag, daß die dem letzteren fehlende Vertrautheit mit der Art und Weise der Fabrikation und mit der Persönlichkeit und Leistungsfähigkeit der Arbeiter von nachtheiligem Einfluß auf die Anleitung und Beaufsichtigung dieser, auf die Quantität und Qualität ihrer Leistungen, überhaupt auf die Produktivität und den Ertrag des Geschäfts gewesen sei. Es ist nicht die Aufgabe des Richters, Möglichkeiten aufzusuchen, welche diese an sich erfahrungsmäßig vollkommen begründete Schlußfolgerung aufzuheben geeignet sein könnten, vielmehr Sache des Bekl., solche anzuführen und nachzuweisen." Dazu genügt aber weder ein bloßes Bestreiten, noch das Aufstellen unbestimmter Behauptungen. — So lange nicht nachgewiesen ist, daß und in welcher Weise Kläger bei Anwendung gehöriger Sorgfalt einen geeigneteren Ersatzmann auszumitteln im Stande gewesen sei, erscheint der durch die Ungeeignetheit des letzteren entstandene Schaden als eine Folge der widerrechtlichen Handlung des Bekl.

Bekl. hat nach Verlassen seiner dienstlichen Stellung am Ort des von ihm geleiteten Etablissements ein Konkurrenzgeschäft errichtet und soll Arbeiter des Klägers verleitet haben, in dasselbe überzutreten. Hierin findet das Oberhandelsgericht die Verletzung einer vom Bekl. kontraktlich übernommenen Verpflichtung (dem kläg. Geschäft „seine ganze ungetheilte Thätigkeit mit aller Sorgfalt, Treue und Fleiß zuzuwenden"), wie auch der gesetzlichen aus Art. 56 und 59 sich ergebenden Verpflichtung. „Bekl. kann sich offenbar durch seinen Kontraktsbruch nicht den Vortheil verschaffen, Handlungen, welche bei gebührender Fortsetzung seines Dienstverhältnisses widerrechtliche gewesen sein würden, in Folge verweigerter Fortsetzung als rechtlich zulässige betrachten zu dürfen." (3. Okt. 70. M. I. 7; St. I. 24; C. I. 14.)

Lehrling.

32. „Es ist als die auf allgemeiner Erfahrung beruhende Regel anzusehen, daß auch nach dem Maßstab gewöhnlicher Befähigung des Lehrlings durch dessen ordnungsmäßige Ausbildung dem Lehrherrn eine Arbeitskraft gewonnen wird, deren unentgeltliche Leistungen, namentlich in den späteren

Lehrjahren einen entsprechenden Ersatz für die zuvor (im vorl. Fall bereits über Jahresfrist) in erhöhetem Grade aufgewendete Mühe der Unterweisung und Ueberwachung gewähren und der Absicht der Kontrahenten gemäß gewähren sollen."

Hiernach ist es eine zum Schadensersatz verpflichtende Vertragsverletzung, wenn der Vater des Lehrlings seinen Sohn vor Beendigung des Lehrvertrages aus dem Geschäft des Prinzipals entnimmt. Daß ein Schaden entstanden sei, wird als festgestellt gelten können, sofern nicht der besondere Sachverhalt eine Ausnahme macht. Gegenstand des Schadens ist insbesondere der Aufwand, der erforderlich ist, um einen Stellvertreter des abgegangenen Lehrlings zu beschaffen — also z. B. das angemessene Salair für einen Kommis. Der Einwand, daß der Prinzipal durch die Dienste des Kommis einen größeren Nutzen erlangt habe, als er aus der Fortsetzung der Dienste des Lehrlings gezogen haben würde, ist nicht durchgreifend, wenn nicht zugleich dargethan wird, daß der Prinzipal den Stellvertreter in minder kostspieliger Weise hätte beschaffen können, mithin bei Anwendung gehöriger Sorgfalt der entstandene Schaden sich gemindert haben würde. — Ist die Angemessenheit des Salairs außer Zweifel, so ist zur Begründung des Ersatzanspruches die thatsächliche Berichtigung nicht erforderlich. (26. September 1870. M. I. 6; St. I. 5; C. I. 32.)

Haftung des Prinzipals für das Verschulden seiner Gehülfen.

33. Die Instanzrichter gehen davon aus, daß wer eine Herstellung oder eine Arbeit übernehme, auch für das Verschulden seiner Gehülfen einzustehen habe, sofern dasselbe in Ausführung der den Gegenstand des Vertrages bildenden Arbeit eintrete. Letztere Voraussetzung ist im vorliegenden Fall nicht für zutreffend erachtet worden, weil die beschädigende Handlung des vom Bekl. behufs Aufstellung und Instandsetzung einer Dampfmaschine entsendeten Monteurs nicht innerhalb seiner instruktionsmäßigen Thätigkeit gelegen habe und nicht an dem vom Bekl. übernommenen Werk, sondern an andern Objekten (einem mit der Dampfmaschine in Verbindung stehenden Holzschleifwerk) begangen worden sei. — Das Oberhandelsgericht hat die „gemeinrechtlich sehr bestrittene Prinzipienfrage" ebenso wie die dem Prinzip von den Vorderrichtern beigefügte Limitation unerörtert gelassen. Gemißbilligt wird aber die Anwendung, welche die Vorderrichter von dieser Limitation machen. Angenommen, daß der Monteur Gehülfe des Bekl. war, „angenommen ferner, daß Bekl. für den in Ausführung der übernommenen Arbeit von seinem Gehülfen verschuldeten Schaden schlechthin einzustehen hatte, so war die ganze Thätigkeit des Monteurs, welche sich auf die Ingangsetzung der Maschine bezog, als in dem Auftrage liegend vom Bekl. zu vertreten, gleichviel, ob die Thätigkeit gerade an der Maschine oder an irgend einer andern Sache, hier dem Holzschleifwerk des Klägers, stattfand, und ohne Unterschied, ob dadurch die in Gang zu setzende Dampfmaschine oder das mit der Dampfmaschine zum Zwecke der Ingangsetzung in Verbindung gebrachte Räderwerk zerbrochen worden ist". (27. Januar 71. M. I. 73; St. II. 9; C. I. 124.)

Literatur.

1.

Entscheidungen des Königl. Ober-Tribunals, herausgegeben im amtlichen Auftrage von den Geh. Ober-Tribunals-Räthen Dr. Decker, Meyer und Sonnenschmidt. 64. Bd. Sechste Folge. Vierter Bd. Berlin, Carl Heymann's Verlag 1871. SS. VIII. 510.

Besprochen vom Professor Dr. Paul Hinschius zu Kiel.

Von den drei im vorigen Bande mitgetheilten Präjudizien (s. S. 1 und S. 493) entziehen sich zwei vorläufig der Besprechung, da die Motive derselben nicht mit abgedruckt sind. Beigegeben sind sie nur dem

> Pr. 2761 (Plen.-Beschl. vom 16. Januar 1871): „Wenn der Appellant in der Appellations-Rechtfertigungsschrift dem Gegner über eine, von demselben bereits früher bestrittene Thatsache den Eid zugeschoben, und der mit der Beantwortung jener Schrift präkludirte Appellat im Audienztermine den Eid angenommen hat, der Appellationsrichter aber hiernächst ausspricht, daß Appellat sich nicht rechtzeitig über den Eid erklärt habe, und deshalb pro jurare nolente, jene Thatsache somit für feststehend zu erachten sei, so ist von dem Richter zweiter Instanz ein falsches Präjudiz im Sinne des §. 5. Nr. 2 der Verordnung vom 14. Dezember 1833 zur Anwendung gebracht worden" (S. 1).

Der Konflikt zwischen der früher vom Ober-Tribunal gebilligten (s. Striethorst, Archiv Bd. 37. S. 221) und der nunmehr angenommenen Ansicht hat zwar lediglich in Betreff der Frage bestanden, ob der §. 5. Nr. 2 der erwähnten Verordnung auf den in Rede stehenden Fall bezogen werden könne, nicht aber hinsichtlich der anderen, ob das für die Kontumaz der gedachten Art zur Anwendung gebrachte Präjudiz gerechtfertigt sei. Vielmehr hat das Ober-Tribunal stets entgegen der Ansicht des Appellationsrichters eine nachträgliche Eides-Annahme trotz der erwähnten Umstände für statthaft gehalten, sich aber veranlaßt gesehen, diese Frage, trotzdem daß bei ihrer Beantwortung keine Differenz hervorgetreten ist, gleichfalls in den Motiven des Plenarbeschlusses zu erörtern. In denselben wird darauf hingewiesen, daß nach §. 45 der Verordnung vom 1. Juni 1833, die Versäumniß des Appellaten in Bezug auf die Appellationsbeantwortung als Folgen nach sich zieht 1) die Fiktion des Zugeständnisses für die vom Appellanten

neu angeführten Thatsachen, 2) der Rekognition der für die in erster Instanz angeführten Thatsachen vorgelegten Urkunden und 3) die Präklusion der Einwendungen gegen die vom Appellanten angeführten Beweismittel, daß indessen über den hier in Rede stehenden Punkt, bei welchem es sich um schon in der ersten Instanz angegebene Beweismittel handle, keine Bestimmung in der erwähnten Verordnung und ebensowenig in der vom 21. Juli 1846 enthalten sei, die A. G.-O. Th. I. Tit. 10. §. 376 aber festsetze: „Ist hingegen eine Partei blos wegen Außenbleibens im Termine zur Eidesleistung oder wegen verweigerter bestimmter Erklärung über die Annahme oder Zurückschiebung des Eides dafür, daß sie selbigen nicht schwören könne oder wolle, geachtet worden, so soll ihr bis zum Schlusse der Sache, und allenfalls noch in der Appellationsinstanz das Versäumte nachzuholen gestattet sein." Damit, daß die A. G.-O. die nachträgliche Annahme des Eides noch in der zweiten Instanz — und zwar wie der angeführte Paragraph bestimmt, nur unter ausdrücklicher Angabe und Bescheinigung der Entschuldigungsgründe für die Versäumniß gestattet, — ist m. E. die Annahme noch nicht gerechtfertigt, daß nach dem heutigen Prozeßrechte der Appellat den Eid ohne diese Voraussetzungen noch im mündlichen Audienztermine zu acceptiren und auf diese Weise seine frühere Kontumaz zu heilen befugt ist. Und ferner kann die A. G.-O., nachdem die Gestaltung des Verfahrens durch die neuere Prozeßgesetzgebung eine andere geworden ist, jedenfalls nicht mehr ausschließlich für die Stelle des Prozesses maßgebend sein, an welcher eine Handlung ordnungsgemäß und ohne nachtheilige Folgen vorzunehmen ist, sondern nur insoweit sie der Struktur des heutigen Verfahrens nicht widerspricht. So kann, worüber die Praxis einig ist, die Strafe der Nichterklärung über einen zugeschobenen Eid heute nicht mehr in Folge der Verweigerung einer Erklärung „bei Durchgehung der Beweismittel mit den Parteien nach regulirtem status controversiae", sondern nur in Folge der Unterlassung einer solchen in der Klagebeantwortung, resp. Replik mit Rücksicht auf §. 14 der Verordnung vom 1. Juni 1833 und §§. 7. 8 der Verordnung vom 26. Juli 1846 eintreten. Die Folgen einer derartigen Kontumaz kann der Appellat nach dem zitirten Paragraph der A. G.-O. allerdings noch in der Appellationsinstanz beseitigen, aber da diese nichts über den Zeitpunkt bestimmt, so muß der letztere nach Maßgabe der für das Verfahren in derselben heute geltenden Grundsätze bestimmt werden. Wenn nun der §. 20 der Verordnung vom 21. Juli 1846 in Verbindung mit §§. 44. 45 der Verordnung vom 1. Juni 1833 die Appellationsrechtfertigung und die Beantwortung derselben als diejenigen Schriftsätze bezeichnet, innerhalb deren sich das Partei-Vorbringen in Bezug auf neue Thatsachen zu halten hat, so folgt daraus, daß damit das thatsächliche Vorbringen überhaupt für diese Instanz, soweit es sich nicht um erst später eingetretene oder in Erfahrung gebrachte Fakta oder um Entgegnungen auf die Appellationsbeantwortung handelt, abgeschlossen sein soll. Schon deshalb wird man die Abwendung von Kontumazial-Folgen eher auf die Appellationsbeantwortung beschränken müssen, als sie noch im Audienztermin zweiter Instanz zulassen. Dazu kommt, daß der §. 53 der Verordnung vom 1. Juni 1833 bestimmt, daß mangels besonderer Vorschriften für das Verfahren in Appellatorio die für die erste Instanz gegebenen Bestimmungen zur Richtschnur genommen

werden sollen, und mit Rücksicht hierauf der Grundsatz, daß der Beklagte mit der Klagebeantwortung seine vollständige Vertheidigung vorzubringen hat, auf die Appellationsinstanz analogisch anzuwenden ist. Für diese heißt aber die für die erste Instanz geltende Regel so viel, als daß mit der Appellationsbeantwortung vom Beklagten sämmtliche Vertheidigungsmittel, mögen sie sein welche sie wollen, also auch sich auf schon in erster Instanz vorgebrachte Behauptungen beziehen und in der Rückgängigmachung der Kontumazialfolgen bestehen, beigebracht werden müssen. Allerdings wird die Entscheidung über die in Rede stehende Frage bei der Lückenhaftigkeit der Gesetzgebung immer zweifelhaft bleiben, aber jedenfalls sind die Gründe des Ober-Tribunals für seine Ansicht keineswegs als ausreichend zu betrachten.

Hinsichtlich der eigentlich durch den Plenarbeschluß zur Erledigung gekommenen Kontroverse handelte es sich darum, ob in dem vorliegenden Falle, wo der Appellationsrichter ein nach der Ansicht des Ober-Tribunals falsches Präjudiz zur Anwendung gebracht hatte, eine wesentliche Prozeßvorschrift nach §. 5. Nr. 2 der Verordnung vom 14. Dezember 1833 verletzt sei, welcher eine solche annimmt, „wenn in den Fällen, in welchen die Gesetze ein besonderes Präjudiz ausdrücklich androhen, gegen den Imploranten ein anderes Präjudiz zur Anwendung gebracht ist". Die früher vom Ober-Tribunal vertretene Meinung hatte eine Spezialvorschrift für den hier in Rede stehenden Fall vermißt, und war darum zu einer dem neuen Plenarbeschlusse entgegengesetzten Auffassung gekommen. Dagegen bemerken die Motive des jetzigen Präjudizes, daß der Gesetzgeber mit den Worten: „besonderes Präjudiz" nicht hätte unterscheiden wollen zwischen allgemeinen Präjudizien im Sinne der Anwendbarkeit auf einen größeren Umkreis von Fällen, die im Uebrigen allerlei thatsächliche und rechtliche Unterschiede aufwiesen und mehr spezialisirten, weil es durchaus relativ sei, eine Vorschrift als allgemeine zu bezeichnen, die einer noch allgemeineren gegenüber eine spezielle und im Verhältnisse zu einer noch spezielleren eine allgemeine genannt werden dürfe. Der Gebrauch der beiden Worte: „ausdrücklich" und „besonderes" könne nur eine schärfere Hervorhebung des Erfordernisses einer, das Präjudiz enthaltenden positiven Vorschrift bezwecken. Das letztere ist allerdings richtig. Wenn aber dabei gleich weiter gesagt wird, daß es eine nicht zu vermuthende Analogie bilden würde, wenn die Absicht und der Gedanke des Gesetzes nicht auch durch Schlußfolgerungen aus dessen Inhalt hergeleitet werden dürfe, so erscheint das als nicht begründet. Mag das Präjudiz für eine allgemeinere Anzahl von Fällen oder nur für einen einzelnen festgesetzt sein, so gehört doch zu seiner ausdrücklichen Androhung immer, daß es vom Gesetzgeber auch wirklich ausgesprochen ist, und es widerspricht einer solchen direkt, wenn der Richter erst aus dem Zusammenhang verschiedener gesetzlicher Bestimmungen abstrahiren muß, welches besondere Präjudiz im gegebenen Falle anzuwenden ist. Für die unterlassene Erklärung über die Annahme eines in erster Instanz bereits zugeschobenen Eides in der Appellationsinstanz, namentlich in der Appellationsbeantwortung, giebt es aber weder in der A. G.-O. noch in den neueren Prozeßgesetzen eine besondere Bestimmung. Es fehlt deshalb hier an dem ausdrücklich angedrohten besonderen Präjudiz, und darum kann die durch den Plenarbeschluß sanktionirte neuere Auffassung nicht für richtig erachtet werden.

Unter den Senatsentscheidungen hat das Erkenntniß des IV. Senats vom 6. Dezember 1870 (S. 10) die Frage:

> Ist der bei der Kaufgelderbelegung in der nothwendigen Subhastation sich ergebende Ausfall einer Hypothekenforderung ein Fehler oder Mangel, welcher den Anspruch des den Ausfall erleidenden Cessionars gegen den für die Sicherheit der Hypothek vertragsmäßig haftenden Cedenten den Bestimmungen der §§. 343. 344. Tit. 5. Th. I. A. L.-R. unterwirft?

verneint, und zwar mit Recht. Zunächst stützt sich der höchste Gerichtshof darauf, daß das A. L.-R. besondere Gewährsleistungsregeln in §§. 420—441 Tit. 11. Th. I. für die Abtretung von Rechten aufgestellt hat, und daß während in der Lehre vom Kauf (§. 198 Tit. 11 a. a. O.) auf die allgemeinen Vorschriften des Tit. 5 über die Gewährsleistung verwiesen werde, dies bei dem Abschnitte von der Cession nicht der Fall sei, ja sogar in §§. 97. 98. Tit. 17. Th. I. die Vorschriften über die Gewährsleistung bei Cessionen denen hinsichtlich der Kaufverträge, dem Hauptfalle der Hingabe körperlicher Sachen, gegenüber gesetzt würden. Abgesehen von diesem sich aus der Struktur des Gesetzbuches ergebenden Grunde, spricht aber auch für die Ansicht des höchsten Gerichtshofes, wie weiter ausgeführt wird, der Wortlaut der §§. 343. 344 selbst. Der §. 343 setzt kurze Verjährungsfristen fest für die Gewähr wegen „natürlicher, die Sache selbst betreffender Fehler". In der Nichtzahlung der Forderung resp. in dem Ausfall des Gläubigers mit derselben in Folge der Unzulänglichkeit der Kaufgeldermasse läßt sich kein die erstere betreffender natürlicher Fehler sehen. Eben so wenig paßt hier der §. 344, welcher gleichfalls eine kürzere Verjährung für Ansprüche wegen „solcher Mängel, welche nicht die Sache selbst, sondern nur äußere Eigenschaften derselben betreffen", festsetzt, denn die Tilgung der Forderung kann nicht als eine äußere Eigenschaft und die Nichtbefriedigung wegen derselben als ein Mangel einer solchen betrachtet werden. Unterstützend hätte noch darauf hingewiesen werden können, daß wenn der §. 343 die Verjährungsfrist vom Tage des Empfanges der Sache ab laufen läßt, das auf Forderungen, deren Fälligkeit erst abgewartet werden muß, um ihre Sicherheit festzustellen, nicht im Entferntesten paßt.

Das S. 26 abgedruckte Präjudikat des II. Senats vom 16. Juni 1870 hat angenommen,

> daß der §. 142. Tit. 8. Th. I. A. L.-R. zu seiner Anwendung bei Fenstern im oberen Stockwerk nicht das Vorhandensein von Fenstern im unteren Stockwerke voraussetzt, und daß sich die §§. 142 ff. a. a. O. auch auf Giebelfenster beziehen.

Der erste Theil dieses Präjudikates wendet nur einen bereits in einer früheren Entscheidung vom 30. Oktober 1861 (Entscheidungen Bd. 46. S. 68, vergl. auch preußische Anwaltszeitung Jahrgang I. S. 247) festgestellten Grundsatz wieder an; der zweite Theil ist zutreffend damit motivirt, daß nach den erwähnten Bestimmungen des A. L.-R. beim Vorhandensein von seit 10 Jahren oder länger bestehenden Fenstern für alle Behältnisse auf der Bauseite, welche durch solche erhellt worden sind, ein bestimmter Lichtschutz fortdauern soll, und daß es also dabei unerheblich sei, ob die Bauseite zu den Front- oder Giebelmauern des Hauses gehöre.

Dem S. 34 folgenden Erkenntniß des III. Senates vom 2. Dezember 1870 ist die Frage vorangestellt:

> Erstreckt sich das Eigenthumsrecht der an einen Landsee anstoßenden Grundstücksbesitzer auf diesen See, auch wenn des letzteren bei der Eigenthums-Verleihung keine Erwähnung geschehen ist?

Von dem früher schon vom Ober-Tribunal vertretenen Standpunkt aus, daß die Landseen im Eigenthum der anliegenden Grundeigenthümer nach Verhältniß der Ausdehnung ihres Uferbesitzes stehen (s. Entscheidungen Bd. 52. S. 40, vgl. auch Förster, preuß. Privatrecht. 3. Bd. §. 168), ergiebt sich die ausgesprochene Bejahung dieser Frage, weil die Adjacenz das Eigenthum an dem See verleiht, und der Eintritt dieser also auch das letztere, sofern nicht das Gegentheil bedungen, nach sich ziehen muß.

Den praktisch wichtigen Grundsatz,

> daß die Vorschrift, nach welcher zum Nachtheile eines Gutseigenthümers gegen dessen Pächter keine Verjährung anfangen kann, auch auf den Miether eines ganzen Grundstücks Anwendung findet,

spricht die Entscheidung des II. Senates vom 7. Juli 1870 (S. 42) aus. Die Begründung geht dahin: „Die Vorschrift des §. 521. Tit. 9. Th. I. A. L.-R. kann als eine singuläre, auf das Verhältniß der Verpachtung allein zu beziehende nicht erachtet werden, sondern enthält nur eine Anwendung der allgemeinen Grundsätze der §§. 512. 516 desselben Titels über die dem Anfange der Verjährung entgegenstehenden Hindernisse. Dieselbe muß daher auch auf andere Rechtsverhältnisse angewendet werden, in Folge deren der Eigenthümer in dieselbe Lage gebracht ist, wie bei einer Verpachtung, und daher nicht blos auf den Fall einer solchen, sondern auch auf den, demselben ganz gleich stehenden, die Vermiethung eines ganzen Grundstücks, vgl. Koch, Kommentar zu §. 521 cit. und Heydemann, Einleitung in das System des preuß. Civilrechts, Bd. 2. S. 167." Bis auf die Bemerkung, daß der §. 521 als eine Konsequenz des §. 512 a. a. O. erscheint — wogegen ich mich schon Jahrgang 4. S. 572. 573 dieser Zeitschrift ausgesprochen habe — ist diese Begründung vollkommen zutreffend.

Das Urtheil des III. Senates vom 17. Juni 1870 (S. 45) trägt als Ueberschrift die schwerfällig formulirte Frage:

> Ist im §. 183. Tit. 11. Th. I. A. L.-R.[1]) nur ein objektives oder auch ein subjektives Kriterium aufgestellt, so daß insbesondere Gleichartigkeit der Konfessionen der ursprünglichen Besitzer der verhafteten Grundstücke zur Ausschließung der Vertretungspflicht, bei Mangel der Anzeige, erforderlich ist, und ist die Vorschrift des Gesetzes strikt dahin auszulegen, daß, wenn die Lasten und Abgaben bei Grundstücken gleicher Art nicht in der ganzen Provinz, sondern nur in einzelnen Kreisen, Distrikten oder Gegenden gemein zu sein pflegen, die Anzeige- und Vertretungspflicht eintritt?

Der Sinn des ersten Theils der Frage wird durch die Begründung, welche ebenfalls Billigung verdient, klar werden. Es heißt in derselben

---

[1]) „Privatdienstbarkeiten, Lasten und Abgaben, welche nicht allen Grundstücken derselben Art in der Provinz gemein zu sein pflegen, ist der Verkäufer dem Käufer bei der Kaufshandlung anzuzeigen oder zu vertreten schuldig."

S. 52: „Ebenso ist es unerheblich, ob die in Rede stehenden kirchlichen Abgaben, welche aus der kirchlichen Verfassung zu Nakel entsprungen sind, durch die Qualität der Grundstücke, daß nämlich nur die Besitzer der Grundstücke, welche ursprünglich evangelisch oder katholisch waren, für die eine oder andere Abgabe haften, unterschieden sind. Denn die Qualität der Grundstücke als solche, ist in dem §. 183 bezeichnet: es ist ein objektives Kriterium aufgestellt, und es ist das subjektive, ob der ursprüngliche Besitzer der einen oder anderen Konfession angehört, unerheblich, da die Grundstücke überhaupt nur für eine der beiden Abgaben-Kategorien haften, die andere mithin von selbst wegfällt; wenn aber die Grundstücke für beiderlei Abgaben haften, entweder die Einziehung der Abgaben temporär ruht oder, wie dies rechtlich sehr wohl möglich, beide Abgaben als Reallasten haften können." Demnach ist also die erste Frage in ihrer ersten Alternative bejaht und in der zweiten verneint. Der zweite Theil der Frage selbst ist gleichfalls im verneinenden Sinne entschieden worden, weil der Ausdruck: Provinz im §. 183 mit Rücksicht auf §. 175 a. a. O. und §. 48. Tit. 1. der Hypotheken-Ordnung, welcher der gemeinen Lasten und Pflichten nach der Verfassung des Ortes, Kreises oder der Provinz erwähnt, nur soviel bedeuten könne, so auch Koch, Recht der Forderungen 2, 384 und Förster 1, 486, als „Gegend".

Durch das Präjudikat desselben Senates vom 26. September 1870 (S. 54) wird ausgesprochen,

1) daß in dem Falle, wo der frühere Eigenthümer eines durch eine Eisenbahn-Gesellschaft expropriirten Grundstücks das Wiederkaufsrecht ausüben will, weil das Grundstück zu Eisenbahnzwecken entbehrlich geworden, die Frage über die Entbehrlichkeit ausschließlich der richterlichen Entscheidung unterliegt, und

2) daß durch die von Eisenbahn-Gesellschaften bewirkte Emission von Prioritäts-Obligationen das durch den §. 16 des Gesetzes vom 3. November 1838 den früheren Eigenthümern expropriirter Grundstücke zugesicherte Wiederkaufsrecht nicht bis zur erfolgten Einlösung der Obligationen, resp. bis zur Deponirung des Einlösungsbetrages suspendirt wird.

Der erste Satz, welcher sich gegen die im Prozesse geltend gemachte Ansicht, daß der Landespolizeibehörde, bezw. dem Handelsministerium die Entscheidung darüber zustehe, ob eine in Betrieb gesetzte Bahn wieder aufgegeben werden könne, oder ob ein Grundstück zu Eisenbahnzwecken unentbehrlich sei, richtet, wird durch den klaren Wortlaut der §§. 16.[2]) 18[3]) des zitirten Gesetzes gerechtfertigt. — Was den zweiten Satz betrifft, so war gegen die Anwendung desselben auf den vorliegenden Fall geltend ge-

---

[2]) „Hat die Gesellschaft ein nach §. 8 der Expropriation unterworfenes Grundstück, sei es durch Expropriation oder durch freien Vertrag erworben, so soll für dasselbe ein Anspruch, sowohl auf Wiederkauf, als auf Vorkauf eintreten, wenn in der Folge 1) entweder die Anlage der Bahn aufgegeben, 2) oder das Grundstück zu ihren Zwecken entbehrlich wird."

[3]) „Den Wiederkauf kann der Eigenthümer in solchem Falle zu jeder Zeit geltend machen; bestreitet die Gesellschaft das Dasein der im §. 16 bestimmten Bedingungen, so tritt richterliche Entscheidung ein."

macht, daß nach dem Privilegium der in Frage stehenden Eisenbahn-Gesellschaft, dieser die Veräußerung ihrer zum Bahnkörper oder zu den Bahnhöfen gehörigen Grundstücke auf so lange untersagt war, als die kreirten Prioritäts-Obligationen nicht eingelöst worden seien, indessen hat der höchste Gerichtshof dieser Ausführung gegenüber mit Recht hervorgehoben, daß durch ein derartiges königliches Privilegium die Vorschriften des Eisenbahn-Gesetzes nicht aufgehoben werden können, und überdies das erstere sich nur auf freiwillige und willkührliche Verfügungen beziehe.

Zu der S. 62 mitgetheilten Entscheidung des IV. Senates vom 11. Oktober 1870 ist die Frage:

> Ist, wenn in einem schriftlichen und der Schriftform bedürfenden Kaufvertrage ein höherer Kaufpreis als der unter den Kontrahenten mündlich vereinbarte niedergeschrieben worden, der Vertrag nur als ein mündlich errichteter zu erachten?

nicht dem Inhalte entsprechend genug formulirt, vielmehr hätte es heißen sollen, daß in dem gedachten Falle auch selbst nicht in Höhe der simulirten niederen Summe ein bindender, schriftlicher Vertrag vorliege. Die Annahme des Ober-Tribunals selbst, welche die Frage bejaht hat, entspricht vollkommen den Vorschriften der §§. 72 ff. Tit. 11. Th. I. A. L.-R. und steht sowohl mit der bisherigen Praxis, wie auch mit der Doktrin (s. Bornemann, system. Darstellung 2. Ausg. Bd. 3. S. 11; Koch, Recht der Forderungen Bd. 3. S. 622; Förster, preuß. Privatrecht Bd. 2. S. 59 Anm. 80) in Einklang.

Das Urtheil desselben Senates vom 29. September 1870 (S. 67) stellt fest,

> daß die zur Wahrung des Pflichttheiles bestehenden landrechtlichen Vorschriften zu Gunsten der Kinder desjenigen keine Anwendung finden, welcher sein Vermögen durch einen Vitalitien- oder Alimenten-Kontrakt abgetreten hat.

Allerdings gewährt das Allgem. L.-R. den im Pflichttheil verletzten Kindern ein in den §§. 637 ff. Tit. 11. Th. I. näher normirtes Anfechtungsrecht des von ihrem Erblasser geschlossenen Leibrenten-Vertrages. Eine Anwendung dieser Vorschriften auf den Vitalitien- oder Alimentenkontrakt läßt sich aber nicht damit rechtfertigen, daß bei dem Leibrenten-Vertrag von dem Erblasser nur ein gewisses Kapital für die Rente, bei dem ersteren aber das ganze Vermögen weggegeben werde, es sich also hier um ein Majus handle. Das letztere ist schon deshalb nicht allgemein zutreffend, weil das bei der Leibrente gegebene Kapital unter Umständen größer sein kann, als das auch die Schulden mitbegreifende Vermögen. Dazu kommt, daß der Leibrenten-Vertrag ein Kapital oder mindestens die Veranschlagung des Werthes der statt des letzteren dem Rentenverkäufer gegebenen Sachen, sowie eine feste Rente erfordert, und somit hier eine sichere Grundlage für die zur Revokation nöthigen Berechnungen gewährt wird, daß aber bei dem Vitalitien- oder Alimentenkontrakt, wobei der Verpflichtete dem Andern den vollen Lebensunterhalt zu gewähren hat, es an einer solchen Basis vollkommen fehlt.

> Daß eine vom Machtgeber mit der Klausel: „für mich und meine Erben" ausgestellte, speziell auf Schenkungen sich erstreckende Voll-

macht den Mandatar nicht zu Schenkungen aus dem Nachlaßvermögen des Mandanten legitimirt,

hat der IV. Senat am 25. Oktober 1870 (S. 78) ausgesprochen. Der §. 186. Tit. 13. Th. I. A. L.-R. bestimmt allerdings: „Durch den Tod eines der beiden Kontrahenten werden in der Regel alle Aufträge geendigt, welche nicht mit auf die Erben ausdrücklich gerichtet sind.“ Aber andererseits verordnet §. 190 a. a. O.: „Die Regel, daß durch den Tod des Machtgebers der Vollmachtsvertrag aufgehoben werde, leidet eine Ausnahme, wenn das Geschäft von der Natur ist, daß es erst nach dem Tode des Machtgebers ausgeführt werden kann,“ und zu diesen Ausnahmefällen rechnet der §. 191 die Fortsetzung kaufmännischer Geschäfte und der §. 192 in Verbindung mit §. 59. Tit. 3. und §. 1 ff. Tit. 20. Th. I. A. G.-O. die Weiterführung bereits schwebender Prozesse. Schon der innige Zusammenhang dieser Vorschriften mit dem §. 186 rechtfertigt den Schluß, daß der letztere die ausdrückliche Ausdehnung eines Auftrages auf die Erben nur zu dem praktischen Zwecke gestattet, die Vollendung eines Geschäftes durch dieselbe Person, welche bereits mit der Ausführung den Anfang gemacht hat, bewirken zu lassen. Bestätigt wird das weiter „durch die Erwägung, daß, wenn die Ausführung noch nicht begonnen war, das Mandat thatsächlich als blos auf die Erben gerichtet erscheint, während es, sofern der §. 190 nicht zutrifft, nach dem §. 186, wenn es zu Recht bestehen soll, „mit“ auf die Erben gerichtet sein, also nach dem Willen der Kontrahenten wesentlich und zunächst die Vollziehung einer Handlung durch den Mandatar bei Lebzeiten des Machtgebers bezwecken muß“. Damit ist, wie mir scheint, der richtige Gesichtspunkt angedeutet. Eine unbedingte, beliebige Mandatsertheilung für die Erben über den Tod des Machtgebers würde den Grundsätzen des preußischen Rechts über den Vollmachtsvertrag selbst zuwider sein, weil die mandirten Geschäfte hier nicht mehr Angelegenheiten des Machtgebers, dessen Verfügungsfähigkeit mit dessen Tode zusammenfällt, sein können, und weil bei der Gestattung beliebiger Mandate über den Tod hinaus, die Fundamentalsätze des Erbrechtes beeinträchtigt werden würden.

Das Urtheil des III. Senats vom 9. Dez. 1870 (S. 85) nimmt an,

daß derjenige, welchem der Gebrauch einer Sache precario eingeräumt worden, zur Rückgabe derselben mittelst der Vindikationsklage angehalten werden kann.

Obgleich das Allgem. L.-R. Th. I. Tit. 15. §. 1. die Vindikation als „das Recht des Eigenthümers, seine Sache, die seiner Gewahrsam ohne seinen Willen entnommen ist oder vorenthalten wird, von jedem Inhaber und Besitzer zurückzufordern“, definirt, so kann darin nicht der Ausschluß der Vindikation für solche Fälle, wo der Kläger die Sache selbst dem Beklagten überliefert hat, gefunden werden, denn wenn die Rückgabe derselben dem Kläger verweigert wird, so liegt stets das Requisit des §. 1. vor, daß ihm die Gewahrsam ohne seinen Willen vorenthalten wird.

Das S. 100 abgedruckte Erkenntniß des III. Senats vom 15. Juli 1870 trägt die Ueberschrift:

Ist, wenn der Eigenthümer eines Grundstücks Zinsen einer ungebührlich eingetragenen, nicht übernommenen Hypothekenforderung an den berechtigten Gläubiger gezahlt hat, die Rückforderung der Zah-

> lungen wegen Irrthums des Zahlenden ausgeschlossen, weil der Empfänger nicht einen Vortheil erlangt, auf den er gar kein Recht gehabt hat?

Der höchste Gerichtshof hat die Frage bejaht. Derselbe hat die in der Doktrin in Anschluß an l. 44 D. de condict. indeb. XII. 6. angenommene Auslegung des §. 180. Tit. 16. Th. I. A. L.-R. nämlich die Ansicht, daß die condictio indebiti dann ausgeschlossen ist, wenn der Empfänger durch den Zahlenden das erhält, was ihm ein Dritter schuldig ist, und der erstere dabei für den letzten hat zahlen wollen, zur Anwendung gebracht, und ausgeführt: „Der Anspruch des Zahlungsempfängers an R. (den persönlich Verpflichteten) steht unzweifelhaft fest. Verklagte erhielten nur, was sie von diesem zu erhalten hatten, und es kann sich Kläger (der Zahlende) nur an R. regressiren. Durch die Zahlung des Hypothekenschuldners wurde R. liberirt, da Zahlungen auch von einem Dritten angenommen werden müssen, und es klar ist, daß, wenn der Besitzer des verpfändeten Gutes gezahlt hat, der persönliche Schuldner zugleich liberirt wird. Denn es handelt sich nicht, wie Implorant meint, von zwei getrennten Obligationen, sondern einer durch das accessorische Pfandrecht verstärkten. Die Zahlung des persönlichen Schuldners befreit den Hypothekenschuldner und umgekehrt die des Hypothekenschuldners den persönlichen, und hier hat der Gläubiger nicht eine andere, sondern dieselbe Forderung gezahlt erhalten, nicht ein aliud, sondern suum recepit."

Ebenso wenig läßt sich die Annahme desselben Senats in dem Urtheil vom 2. Dezember 1870 (S. 105),

> daß die condictio ob causam datorum auch in dem Falle stattfindet, wenn in der Voraussetzung eines künftigen, ohne Schuld des Zahlungsleisters ausgebliebenen Erfolges gezahlt worden ist,

anzweifeln, denn „wenn insbesondere nach dem §. 200. Tit. 16. Th. I. A. L.-R. die condictio ob c. d. Platz greift, sobald außer dem Fall eines Vertrages etwas in Rücksicht eines durch den Empfänger zu erfüllenden, hinterher aber unerfüllbar gewordenen Zweckes gegeben oder geleistet ist, so steht es offenbar auf gleicher Linie, wenn in der Voraussetzung eines künftigen Erfolges, ohne daß ein besonderer Vertrag zwischen dem Zahlungsleister und dem Zahlungsempfänger abgeschlossen worden, gezahlt und dieser Erfolg ohne Schuld des Zahlungsleisters nicht eingetreten ist" (s. auch Förster a. a. O. Bd. 2. S. 455).

Die weitere Entscheidung des IV. Senats vom 7. Juli 1870 (S. 113), die den Satz aufgestellt hat,

> daß derjenige, welchem ein Miteigenthümer sein Miteigenthum durch Vertrag überträgt, nicht schon dadurch Miteigenthum, auch wenn der Mitbesitz nicht übertragen und die erfolgte Veräußerung den übrigen Miteigenthümern nicht bekannt gemacht wird, erwirbt,

mag nur deshalb hier hervorgehoben werden, weil sie bei der Begründung des nach §. 5. Tit. 17. Th. I. A. L.-R. selbstverständlichen Satzes auch die Ansicht ausführlich widerlegt, daß Antheilsrechte an eine Gemeinschaft blos durch Cession mit der Wirkung übertragen werden könnten, daß dadurch Miteigenthum entstehe.

Es ist ferner zu billigen, wenn der III. Senat in dem Präjudikat vom

29. April 1870 (S. 125) mit Rücksicht auf den klaren Wortlaut der die s. g. Hypothek des Eigenthümers betreffenden Deklaration vom 3. April 1824 und der Anomalie des Institutes überhaupt, erklärt hat,

daß sich die gedachte Deklaration nur auf Hypothekenforderungen, welche in Geldsummen bestehen, bezieht.

Der III. Senat hat in der Entscheidung vom 2. Dezember 1870 (S. 128) die Frage:

Erleidet das Recht des Gläubigers auf Eintragung seines Hypothekentitels nach Maßgabe der Präsentation desselben, eine Beeinträchtigung durch die inzwischen nachgesuchte Umschreibung des Besitztitels?

gemäß der früher befolgten Praxis (s. Koch, Kommentar zu §. 410. Tit. 20. Th. I. A. L.-R.) verneint.

Dem Urtheile des III. Senats vom 2. Dezember 1870 (S. 135) ist die Frage als Ueberschrift gegeben:

Hat der das Pachtland verkaufende Verpächter für unbefugte Eingriffe des Käufers in das Pachtrecht einzustehen?

eine Frage, deren Bejahung, so wie sie gestellt ist, keinem Bedenken unterliegt, weil die Verpflichtungen des Verpächters durch den Kauf nicht ohne Weiteres (s. §. 358. Tit. 21. Th. I. A. L.-R.) aufgehoben werden. Uebrigens hätte die Entscheidung wohl wegen der Behandlung dieser Frage allein keine Aufnahme in die Publikation verdient, wenn es sich nicht außerdem in dem betreffenden Fall um die Beurtheilung besonderer kontraktlicher Bestimmungen, deren Mittheilung hier zu weit führen würde, gehandelt hätte.

Sehr ausführlich motivirt ist das Erkenntniß des II. Senats vom 5. Juli 1870,

daß unter den Anstalten und Einrichtungen in der verpflichteten Sache, welche dem Berechtigten die Ausübung seines Rechtes geradezu unmöglich machen, und aus deren wissentlichem Geschehenlassen das Erlöschen der Grundgerechtigkeit zu folgern ist, nicht solche zu verstehen sind, welche nicht seitens des Eigenthümers der verpflichteten Sache, sondern von einem Dritten getroffen worden sind (S. 142).

Das Ober-Tribunal stützt sich darauf, daß wenn auch §. 43. Tit. 22. Th. I. A. L.-R.[4]) nicht die die fraglichen Anstalten treffende Person bezeichne, doch nur der Besitzer des dienenden Grundstücks gemeint sein könne, weil es sich in dem angeführten Paragraphen um eine Aufhebung der Grundgerechtigkeit durch stillschweigende Einwilligung, also um eine vertragsartige Aufhebung, handle, die nur zwischen diesem und dem Berechtigten statthaben könne, wie denn auch eine blos zufällige, die Ausübung der Grundgerechtigkeit unmöglich machende Veränderung diese nicht definitiv beseitige, vielmehr nur auf so lange, als das Hinderniß fortdauere (§. 42 a. a. O.). Weiter wird darauf hingewiesen (s. Koch, schlesisches Archiv Bd. 1. S. 344), daß der §. 43 die Kontroverse des gemeinen Rechts habe entscheiden sollen, ob zu der tacita remissio der Servitut die ausdrückliche Einwilligung des Be-

[4]) „Außer den allgemeinen Arten, wie Rechte verloren gehen können, erlöschen Grundgerechtigkeiten durch stillschweigende Einwilligung, wenn der Berechtigte wissentlich geschehen läßt, daß in der verpflichteten Sache Anstalten und Einrichtungen, welche die Ausübung seines Rechtes geradezu unmöglich machen, getroffen werden."

rechtigten zu der von dem Besitzer des verpflichteten Grundstücks vorgenommenen, die Ausübung der Gerechtigkeit hindernden Veranstaltung erforderlich wäre oder schon die bloße Duldung einer solchen genüge, bei der Erörterung dieser Streitfrage aber stets vorausgesetzt worden sei, daß es sich um Maßnahmen handle, welche der Besitzer des dienenden Gutes getroffen habe.

Nur hinweisen will ich auf das Urtheil des II. Senats vom 29. September 1870 (S. 149), dahin gehend,

> daß wenn eine unbestimmte Brennholzberechtigung im Wege der Gemeinheitstheilung aufgehoben wird, sich alsdann der Besitzer des herrschenden Gutes die auf demselben vorhandenen eigenen Feuerungsmittel ganz und nicht in einem gewissen Verhältnisse anrechnen lassen muß,

womit der höchste Gerichtshof der von einzelnen Revisionskollegien fort und fort vertretenen Ansicht gegenüber seine frühere Auffassung (Entscheidungen Bd. 36. S. 205) mit Rücksicht auf den Wortlaut der Gemeinheitstheilungs-Ordnung vom 7. Juni 1821. §§. 50. 52—55 und das Gesetz vom 2. März 1850 betr. die Ergänzung der gedachten Gem.-Ordn. Art. 4 festgehalten hat, wenngleich er keineswegs verkennt, daß der Wortlaut der Gesetze in einzelnen Fällen zu Härten führt.

Durch die Entscheidung des III. Senats vom 11. November 1870 (S. 155) wird ausgesprochen,

> daß das Verbot, Grundstücke ohne Einwilligung der Frau zu veräußern, nicht auf den Fall anwendbar ist, wenn der mit seiner Frau in Gütergemeinschaft lebende Ehemann rechtskräftig verurtheilt worden ist, die durch Meistgebot auf ein Grundstück erlangten Rechte einem Andern abzutreten,

wodurch der schon in der früheren Praxis mit vollkommenem Recht festgestellte Grundsatz, daß sich die Vorschriften über die Zuziehung der Ehefrau in den §§. 377. 378. 380. Tit. 1. Th. II. A. L.-R. nur auf direkte, freiwillige Veräußerungen und Verpfändungen gemeinschaftlicher Grundstücke und Gerechtigkeiten beziehen (s. Entscheidungen Bd. 47. S. 236; Bd. 50. S. 266 und Bd. 57. S. 178), wieder zur Anwendung gebracht ist.

Das Urtheil des I. Senats vom 14. Oktober 1870 (S. 162), welches die Frage als Ueberschrift trägt:

> Folgt daraus allein, daß das wechselseitige Testament von Eheleuten ein korrespektives ist, ohne Weiteres, daß der überlebende Ehegatte durch die Annahme der Erbschaft aus diesem Testamente den darin von ihm selbst berufenen Erben gegenüber, auch hinsichtlich seines eigenen Vermögens als Fiduciar-Erbe anzusehen sei?

hat diese mit Recht (s. auch Förster a. a. O. Bd. 4. S. 201) verneint, denn der Ueberlebende kann hinsichtlich seines eigenes Vermögens nicht sein Erbe, also auch nicht Fiduciar-Erbe sein. Interessant ist das Erkenntniß auch dadurch, daß es die Auffassung des höchsten Gerichtshofs über die Wirksamkeit des korrespektiven Testamentes, wenn in demselben die Erben auf das berufen sind, was beim Tode des Längstlebenden noch vorhanden sein werde, dahin zusammenfaßt: a) der Ueberlebende erhält die freie Verfügung über des Verstorbenen Vermögen und behält die freie Verfügung über das eigene, b) derselbe wird alleiniger Fiduciar-Erbe des Nachlasses

des Erstverstorbenen, und die von diesem berufenen Miterben sind nur fideikommissarische Erben nach Maßgabe der §§. 468. 469. Tit 12. Th. I. A. L.-R. auf das, was von diesem seinem Nachlasse bei dem mit dem Tode des Ueberlebenden eintretenden Substitutionsfalle noch übrig geblieben sein wird, c) rücksichtlich des dereinstigen Nachlasses des Ueberlebenden, soweit er nicht mit Substitutionen belastet ist, ist die Berufung des anderen Ehegatten als Fiduciar-Erben durch dessen Tod, der ihn verhindert, überhaupt Erbe des Längstlebenden zu werden, fortgefallen, und die eingesetzten Miterben kommen lediglich als direkt berufene Erben in Betracht, erwerben mithin ein Recht auf die Erbschaft, soweit darin nicht das mit der gedachten Substitution belastete Vermögen des erstverstorbenen Ehegatten enthalten ist, erst durch den vom Tode des Längstlebenden, als ihres desfälligen Erblassers, abhängigen Erbanfall und können solches, bevor sie diesen nicht erlebt haben, auch nicht weiter vererben. Und dabei versteht es sich von selbst, daß ihnen von dem bei der Testaments-Errichtung vorhandenen Vermögen des Letztlebenden als Erbschaft desselben nicht mehr zufallen kann, als bei seinem Tode davon noch übrig ist.

Durch das Erkenntniß des I. Senats vom 25. November 1870 (S. 170) wird festgestellt,

> daß die Bestimmung des Preises, für welchen bei der Theilung des Nachlasses des verstorbenen Ehegatten, der in Gütergemeinschaft gelebt hat, der Ueberlebende das vorhandene Grundstück annehmen darf, seitens der Erben schriftlich geschehen muß, sowie
> daß dieselben namentlich an eine zum gerichtlichen Protokolle abgegebene Erklärung über den Annahmepreis nicht gebunden sind, wenn sie sich demnächst weigern, dieses Protokoll zu unterschreiben.

Der erste Theil der Entscheidung ist damit motivirt, daß wenn durch die nach §§. 648. 571 ff. Tit. 1. Th. II. A. L.-R. von den Erben des Ehegatten zu setzende Werthsbestimmung und die darauf bezügliche Wahl des überlebenden Gatten die Erbtheilung zum Austrag gebracht werden soll, darin ein vergleichsweises Uebereinkommen zwischen dem letzteren und den Erben des Erstverstorbenen liege und es dann auch zur verbindlichen Kraft desselben, da es sich hier um ein Grundstück handle, der schriftlichen Form bedürfe. Wenn sich das Ober-Tribunal dafür auf §. 133. Tit. 5. Th. I. u. §§. 405. 407. Tit. 16. Th. I. A. L.-R. beruft, so zeigt sich darin schon, daß diese Motivirung haltlos ist, weil die erstere Vorschrift von einseitigen Willenserklärungen, die andere aber von Vergleichen, also von zweiseitigen, handelt, und die in Frage stehende Werthsbestimmung jedenfalls nur entweder das eine oder das andere, nicht aber beides zu gleicher Zeit sein kann. Und in der That ist die bezügliche Erklärung sicherlich kein Vergleich, sondern nichts als eine Offerte, d. h. eine einseitige Willenserklärung, deren spätere Umgestaltung durch Acceptation zu einer zweiseitigen, sofern es sich um ihre Form handelt, ganz außer Acht zu lassen ist, denn die Festsetzung des Annahmepreises giebt dem Ueberlebenden das Recht, das Grundstück für denselben zu wählen oder dasselbe in die Masse einzuwerfen, also die Offerte auch zurückzuweisen. Jedenfalls ist die letztere aber — darin ist dem Ober-Tribunal beizutreten — eine Willenserklärung, deren Folgen sich auf die Zukunft er-

strecken, weil von ihr der weitere Verlauf der Nachlaßtheilung abhängig ist, und deshalb bedarf es nach §. 133. a. a. O. der schriftlichen Form.

Der zweite Theil der Entscheidung rechtfertigt sich daraus, daß die Verweigerung der Unterschrift des Protokolles allein bei prozessualischen Handlungen nach §. 74. des Anhangs zu §. 19. Tit. 10. Th. I. A. G.-O. (s. Pr. vom 15. Februar 1837. Nr. 160., Präj. Samml. Th. I. S. 235 und Striethorst, Archiv Bd. 75. S. 312 ff.) unerheblich ist, bei den Akten der freiwilligen Gerichtsbarkeit die Verweigerung der Unterschrift aber die Bedeutung einer Verweigerung des Konsenses zu der protokollarischen Niederschrift, den der Richter hier nicht ergänzen dürfe, habe.

Die Entscheidung des I. Senats vom 8. April 1870 (S. 178) hat angenommen, daß

> das auf Grund des Anhangs-§. 79 zu §. 648. Tit. 1. Th. II. A. L.-R. vorbehaltene Recht der Kinder erster Ehe auf nachträgliche Theilung eines, den Annahmepreis übersteigenden Kaufpreises für das Nachlaßgrundstück bestehen bleibt, wenn auch der Vater eine zweite gütergemeinschaftliche Ehe und eine gleiche Auseinandersetzung mit den Kindern dieser Ehe eingegangen ist.

Dieses sogenannte Surplus-Reservat ist ein persönlicher Anspruch gegen den Vater, und weil es stets eingetragen werden soll, zugleich eine Hypothek für die künftige und bedingte Forderung auf nachträgliche Theilung des Erlöses. Bedingt ist die letztere dadurch, daß der Vater das Grundstück noch bei Lebzeiten verkauft. Wenn er dasselbe daher sonst veräußert, was ihm freisteht, so fällt der Anspruch der Kinder zusammen. Der Zweifel hinsichtlich des hier in Rede stehenden Falles beruht darauf, daß mit der Vollziehung einer weiteren gütergemeinschaftlichen Ehe die zweite Ehefrau Miteigenthümerin des Grundstücks wird, und es sich daher fragt, ob nicht dadurch, weil der Vater auf andere Weise, als durch Verkauf sein Allein-Eigenthum verloren hat, das Surplus-Reservat zusammenfällt. Wenn das Ober-Tribunal für die Verneinung dieser Frage geltend macht, daß die eheliche Gütergemeinschaft sich nur auf das erstrecke, was der freien Veräußerung eines jeden der Eheleute unterworfen sei, und daß demgemäß diese Verpflichtung des Ehemannes mit dessen Vermögen in die Ehe gekommen, also auch der zweiten Frau entgegenstünde, so trifft das nicht zu, weil es sich eben darum handelt, ob nicht durch die Eingehung der Ehe das Reservat cessirt. Weiter wird in den Motiven bemerkt, daß der Mann trotz der Eingehung einer gütergemeinschaftlichen Ehe seine frühere Dispositionsbefugniß behalte, und deshalb sein Grundstück nicht im Sinne des Anh. §. 79 dergestalt veräußert habe, daß dadurch die Möglichkeit des Eintrittes der Bedingung des Verkaufes seitens des Vaters fernerhin aufgehoben worden sei. Aber auch hierin liegt nichts als eine petitio principii, weil eben die Thatsache nicht wegzuläugnen ist, daß der Mann sein alleiniges Eigenthum durch Schließung der Ehe verliert, und die Rechte, die er als Verwalter des gemeinschaftlichen Vermögens besitzt, dabei ganz unerheblich sind. Durchschlagend für die Ansicht des Ober-Tribunals bleibt allein der weitere Grund, daß „aus den dem §. 79 zu Grunde liegenden Motiven, in den Berichten vom 26. Februar und 20. März 1799 (Rabe, Sammlung Bd. 5. S. 393) unzweifelhaft hervorgeht, daß eben mit Rücksicht auf die Eingehung einer

ferneren Ehe der gedachte Vorbehalt zur Anwendung gebracht werden sollte", und daß man bei einem so singulären Institut, wie das vorliegende, berechtigt ist, für die Gewinnung der einzelnen Rechtssätze die Motive mit in entscheidender Weise heranzuziehen, um so mehr, als der zufolge der Eheeingehung eintretende Uebergang des Miteigenthums auf die Frau nicht als eine freiwillige Veräußerung des Mannes, sondern nur als eine kraft Gesetzes eintretende rechtliche Folge angesehen werden kann.

Das Urtheil des I. Senats vom 14. März 1870 (S. 187) behandelt folgende, das Pflichttheilsrecht betreffende Fragen:

1) Ist die Pflichttheilsklage immer gegen die Gesammtheit der Erben, resp. gegen die sämmtlichen Miterben zu richten?

2) Kann — abgesehen von dem Ausnahmefall des §. 430. Tit. 2. Th. II. A. L.-R. — der Pflichttheilsberechtigte die Befreiung des Pflichttheils von den aufgelegten Lasten auch dann verlangen, wenn ihm mehr als der Pflichttheil hinterlassen worden ist?

3) Kann der Pflichttheilsberechtigte nur gegen Entsagung der Erbschaft aus dem Testament seinen Anspruch auf den unbelasteten Pflichttheil geltend machen?

4) Ist es an sich für ein ausdrückliches Anerkenntniß des Testaments seitens des Pflichttheilsberechtigten zu erachten, wenn derselbe ohne Vorbehalt in die Auszahlung der ausgesetzten Legate gewilligt hat, resp. diese Auszahlung unter seiner Mitwirkung erfolgt ist?

5) Ist die im §. 440. Tit. 2. Th. II. A. L.-R. gedachte zweijährige Frist eine wirkliche Verjährungs- oder Präklusivfrist?

Ist der §. 535. Tit. 9. Th. I. A. L.-R. nicht blos auf die gewöhnlichen, sondern auch auf die kurzen Verjährungsfristen des Allg. Landrechts zu beziehen?

Findet der §. 535 a. a. O. auch auf Minderjährige Anwendung, welche, obgleich sie noch einen Vater haben, unter Kuratel stehen?

Die erste Frage ist verneint. Der Gerichtshof ist davon ausgegangen, daß die Ansprüche, welche der Berechtigte mit der Pflichttheilsklage verfolgen kann, ihrer Richtung nach, weil sie auf Verabfolgung des Pflichttheils aus der Erbschaft, auf Ergänzung des letzteren, auf Aufhebung einer auf den Pflichttheil gelegten Last oder Einschränkung gehen können, verschieden ist, und daß diese Verschiedenheit auch einen Unterschied in den Personen bedingt, gegen welche die Klage erhoben werden muß. Wenngleich die Klage auf Verabfolgung, resp. Ergänzung des Pflichttheils gegen alle Erben, resp. Miterben, weil sie zur Entrichtung resp. Supplirung desselben nach Verhältniß ihrer Portionen beitragen müssen, anzustellen sei, so ergebe doch §. 435. Tit. 2. Th. II.: „Hat aber der Erblasser den dem enterbten Kinde entzogenen Erbtheil einem der Miterben oder Legatarien ausdrücklich beschieden, so muß dieser allein das zur Ungebühr enterbte Kind abfinden", daß in dem betreffenden Fall nur der begünstigte Miterbe oder Legatar in Anspruch genommen werden könne. Ebenso wenig läge aber eine unbedingte Nothwendigkeit alle Erben, resp. die sämmtlichen Miterben zu belangen dann vor, wenn es sich um die Aufhebung einer dem Pflichttheil auferlegten Last handle, denn hierbei sei nur derjenige interessirt, zu dessen Gunsten diese angeordnet sei, und darum könnten die übrigen unbetheiligten Erben nicht des-

halb belangt werden. Mit Rücksicht auf diese Ausführungen hat das Ober-Tribunal die erste Frage dahin beantwortet: Es ist bei der Pflichttheilsklage der Grundsatz maßgebend, daß dieselbe nur gegen den Platz greift, welcher dem Pflichttheilserben sein Recht vorenthält resp. bestreitet. Ob sie gegen sämmtliche Erben, resp. sämmtliche Miterben oder gegen Dritte bei der Erbschaft als Miterben nicht Betheiligte, gerichtet werden muß, ist nach der Verschiedenheit der einzelnen Fälle und Klageanträge zu beurtheilen. Muß nun gleich zugegeben werden, daß, wie weiter in den Motiven dargelegt ist, weder die §§. 402. Tit. 9. Th. I.; §§. 10 127. Tit. 17. Th. I. A. L.-R. noch §§. 4. Nr. 8. Tit. 5. Th. I. A. G.-O. dieser Auffassung entgegenstehen, so ist doch eine befriedigende Entscheidung der aufgeworfenen Frage nicht anders als unter Berücksichtigung der Natur der Pflichttheilsklage möglich. Ist, wie Förster, preuß. Privatrecht Bd. 4. S. 58. 79 annimmt, das Recht auf den Pflichttheil in Wahrheit ein Erbrecht, ein in der Quote verkleinertes Intestaterbrecht und die betreffende Klage eine erbrechtliche, deren Grundlage unter allen Umständen die Pflichttheilsquote ist, dann muß die Klage stets gegen sämmtliche Erben, resp. Miterben, welche das Pflichttheilsrecht nicht anerkennen, gerichtet werden (s. auch Förster a. a. O. S. 82), selbst wenn es sich blos um eine Belastung des Pflichttheils handelt, und es würde auch für den Fall, daß diese zu Gunsten eines Dritten gemacht ist, nicht der Dritte in Anspruch genommen werden können, vielmehr würde das gegen die Erben ergangene Erkenntniß nach §. 298. Tit. 12. Th. I. A. L.-R. auch diesem gegenüber bindend sein und ihm nur mit Rücksicht auf §. 299 a. a. O. ein Recht zur Intervention in den zwischen dem Pflichttheilsberechtigten und den Erben geführten Prozeß zustehen.

Die zweite Frage ist mit Recht bejaht, da §. 398. Tit. 2. Th. II. und §. 122. Tit. 17. Th. I. A. L.-R. dem Berechtigten einen unter allen Umständen von Belastungen freien Pflichttheil zusprechen.

Ebenso ist der Annahme beizutreten, daß durch den Antritt der Erbschaft aus dem Testamente der Anspruch auf den unbeschränkten Pflichttheil nicht untergeht und zur Erhaltung desselben die Entsagung der Erbschaft nicht erforderlich ist. Der dafür geltend gemachte Grund, daß die §§. 431 bis 433. Tit. 2. Th. II. A. L.-R. den Pflichttheilsberechtigten, dessen Pflichttheil belastet worden, hinsichtlich der Rechtsverfolgung und des Rechtsschutzes durch den Richter demjenigen, welcher die Verabfolgung oder Ergänzung des Pflichttheils aus der Erbschaft verlangt, völlig gleichstellen, ist zwar richtig, hält sich aber sehr auf der Oberfläche. Durchlagend ist vielmehr der Umstand, daß das A. L.-R. §. 438 a. a. O. die Rechte des Pflichttheilsberechtigten erst mit der ausdrücklichen Anerkennung des Testaments verloren gehen läßt, und daß selbstverständlich dabei der Berechtigte Kenntniß von seiner Verletzung haben muß, eine derartige Anerkennung aber nicht in dem bloßen Antritt der Erbschaft aus dem Testamente oder gar in dem Verstreichenlassen der Deliberationsfrist — darum handelte es sich im vorliegenden Falle — gefunden werden kann, und zwar um so weniger, als der Berechtigte innerhalb jenes Zeitraums vielfach nicht in der Lage ist, die Höhe seiner Verletzung zu übersehen und seinen Entschluß wegen der Anfechtung des Testamentes zu fassen.

Die erfolgte Verneinung der vierten Frage rechtfertigt sich aus dem

erwähnten §. 439 und es ist unzulässig, neben demselben den §. 612. Tit. 12. Th. I. A. L.-R. heranzuziehen, wonach es einem ausdrücklichen Anerkenntnisse des Testamentes gleichgeachtet wird, wenn der Erbe Vermächtnisse aus demselben ohne Vorbehalt zahlt, denn was die Ausführung des Testamentes durch Vollziehung der Theilung des Nachlasses und Zahlung der ausgesetzten Legate anlangt, so sind die Interessen des durch das Testament im Pflichttheile verletzten Notherben hierbei von denen der übrigen Erben wesentlich verschieden. Ein verkürzter Pflichttheilsberechtigter interessirt bei den vorgedachten Handlungen nur insoweit, als dadurch sein Anspruch auf Ergänzung oder Entlastung seines Pflichttheils beeinträchtigt wird. Ist dies nicht der Fall, so ist er auch der Vollziehung der Theilung, resp. der Auszahlung der Legate zu widersprechen weder berechtigt noch verpflichtet. Nach dem §. 436 a. a. O. bleibt in allen die Enterbung, also auch die Pflichttheilsverkürzung nicht betreffenden Stücken die letztwillige Verfügung bei Kräften. Die Annahme des im Testamente Zugewendeten, die Genehmigung zur Auszahlung und Anweisung der Erbtheile, resp. der Legate in Gemäßheit der Bestimmungen des Testamentes, sowie die etwaige Mitwirkung dabei seitens des Pflichttheilsberechtigten berechtigt demnach zu keinem anderen Schlusse, als daß er die Vornahme dieser Handlungen seinem Anspruche, nach Lage der Sache, nicht nachtheilig findet, keineswegs aber zu der Annahme, daß er das Testament bezüglich der Verkürzung im Pflichttheile anerkenne.

Was die unter 5 zusammengestellten Fragen betrifft, so bezeichnet der §. 440 a. a. O. die zweijährige Frist ausdrücklich als eine Verjährungsfrist, und wenn das auch allein bei dem Sprachgebrauch des Landrechts nicht vollkommen maßgebend ist (Förster, a. a. O. Bd. 1. §. 46.), so ist doch der Umstand entscheidend, daß es sich hier um ein, durch das Gesetz mit dem Momente des Todes gegebenes Recht handelt, welches wohl durch Nichtgebrauch verloren geht, dessen Existenz aber nicht von der Ausübung innerhalb eines von vornherein gegebenen Zeitraumes abhängig gemacht ist. Ebenso wenig kann diese Verjährungfrist gegen Minderjährige zu laufen anfangen, s. §. 535. Tit. 9. Th. I. A. L.-R., denn, wenn auch dieser Paragraph auf einzelne neuere Verjährungsfristen, wie namentlich die des Gesetzes vom 31. März 1838, nicht anwendbar ist, so ergiebt doch die allgemeine Stellung des §. 535 im Landrecht, daß er für die in diesem festgesetzten Verjährungsfristen maßgebend sein muß. Endlich wird man auch der Annahme beistimmen müssen, daß der §. 535 auch einem Minderjährigen, welcher, obgleich er noch einen Vater hat, doch einen Kurator besitzt, zu Statten kommt, weil alle die Gründe, welche die Ausschließung des §. 535 zu Gunsten der in väterlicher Gewalt stehenden Minorennen rechtfertigen (s. Koch, Kommentar zu dem angeführten Paragraphen), dann nicht zutreffen, wenn nicht der Vater, sondern ein Kurator für den Minderjährigen zu handeln hat.

In der Entscheidung des I. Senates vom 26. September 1870 (S. 218) ist angenommen,

> daß die Legitimation eines außerehelich geborenen Kindes durch die nachfolgende Ehe seiner Mutter auch in dem Falle festgestellt wird, wenn die Mutter während der Konzeptionszeit des Kindes noch mit einem anderen Manne, als mit ihrem späteren Ehemanne, den Beischlaf vollzogen hat oder geschlechtlich bescholten gewesen ist,

denn die beiden letzterwähnten Thatsachen schließen zwar die Ansprüche der außerehelich Geschwängerten und des Kindes gegen den Schwängerer aus, aber darüber hinaus hat ihnen das Gesetz vom 24. April 1854 keine Wirkungen beigelegt.

Ebenso wird man dem Präjudikate des IV. Senats vom 17. November 1870 (S. 227) zustimmen müssen,

> daß bei der Umwandlung eines Vorschußvereines in eine eingetragene Genossenschaft diese nunmehr zur gerichtlichen Verfolgung derjenigen Ansprüche, welche dem bisherigen Vorschußvereine zugestanden haben, legitimirt ist.

Das Bundesgesetz vom 27. März 1867 verordnet §. 1: „Gesellschaften . . . namentlich 1) Vorschußvereine . . . erwerben die im gegenwärtigen Gesetze bezeichneten Rechte einer eingetragenen Genossenschaft unter den nachstehend angeführten Bedingungen." „Hiernach werden die früheren Vorschußvereine nicht als untergegangen, sondern nur als mit erweiterten Rechten ausgestattet und in gewissem Sinne als identisch mit der früheren juristischen Persönlichkeit gedacht. Diese Identität ist aber, da die eingetragene Gesellschaft, wenngleich die ehemaligen physischen Vereinsgenossen dieselben geblieben sind, allerdings ein neues Rechtssubjekt bildet, nur von dem gesammten in das Vermögen des letzteren aufgehenden, vermögensrechtlichen Bestande des alten Vereins, d. h. nur im objektiven Sinne zu verstehen. So vermittelt sich auch kraft des erkennbaren Willens des Gesetzgebers der rechtliche Uebergang der konkreten Klagforderung auf den Kläger." Wenngleich es nicht so ausgemacht ist, daß die Genossenschaften als juristische Personen anzusehen sind (vgl. Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts. Bd. 1. S. 406), so ist doch jedenfalls so viel richtig, daß man einen ohne Weiteres kraft des Gesetzes stattfindenden Vermögensübergang von dem alten Verein auf die nunmehrige Genossenschaft anzunehmen hat.

Das Urtheil des II. Senates vom 6. Oktober 1870 (S. 233) hat unter Anwendung des Präjudizes vom 10. Juni 1844. Nr. 1463: „Auch der Besitzer eines im Dorfe oder dessen Feldmark gelegenen Wohnhauses kann Mitglied der Gemeinde sein; der Besitz von Aeckern ist dazu nicht erforderlich" und auf Grund des §. 42 der Gemeinheitstheilungs-Ordnung vom 7. Juni 1821 in Verbindung mit §. 5 der Deklaration desselben vom 26. Juli 1847 ausgesprochen, daß

> auch die Häusler Mitglieder der Dorfgemeinde sind und an dem Nutzen des Gemeindeglieder-Vermögens Theil nehmen.

Wenn die folgende Entscheidung des IV. Senates vom 12. Mai 1870 (S. 238) feststellt,

> daß eine Ehefrau, welche die Handlung ihres Ehemannes mit der Firma übernimmt und fortführt, für die früheren Handlungsschulden verhaftet ist,

so hätte es in dieser bestrittenen Frage einer ausführlicheren Motivirung als der Bezugnahme auf ein früheres Urtheil (Entscheidungen Bd. 57. S. 352) bedurft, da die vom Ober-Tribunal vertretene Ansicht auch trotz der nicht berücksichtigten Ausführung von Behrend (vgl. diese Zeitschrift Jahrgang 4. S. 429) noch immer erheblichen Bedenken unterliegt (s. a. a. O. Jahrgang 1. S. 722 und v. Kräwell in Busch, Archiv Bd. 12. S. 48 ff.).

Das Erkenntniß des IV. Senates vom 18. Oktober 1870 (S. 244) hat die Frage:

Sind alle von einem Kaufmanne über Leistungen von Geld oder einer Quantität vertretbarer Sachen oder Werthpapiere ausgestellten Anweisungen und Verpflichtungsscheine selbst dann für gültig zu erachten, wenn sie nicht auf Ordre lauten und der Angabe des Verpflichtungsgrundes entbehren?

mit Recht bejaht, denn es nöthigt nichts, in das zweite Alinea des Art. 301 des A. d. H.-G.-B., welcher die Zulässigkeit und Gültigkeit derartiger Scheine ausspricht, aus dem ersten Alinea, das die Indossabilität derselben, wenn sie an Ordre gestellt sind, festsetzt, diese letztere Voraussetzung hineinzutragen.

Das weitere Urtheil desselben Senates vom 16. Juli 1870 (S. 249) dahin gehend,

daß ein Minderjähriger, welcher mit Konsens seines Vormundes, doch ohne Autorisation des Vormundschaftsgerichtes den Waaren-Detail-Verkauf betreibt, innerhalb der Grenzen dieses Geschäftsbetriebes vertragsfähig ist,

bringt nur das im Plenarbeschlusse vom 22. Juni 1846 (Entscheidungen Bd. 13. S. 3) festgestellte und auch in der Doktrin (s. Arndts und Leonhard, preuß. Vormundschaftsrecht S. 74 und Förster a. a. O. Bd. 3. S. 618. 640) angenommene Prinzip zur Anwendung, daß für die Regel der Vormund den Mündel nach außen hin gültig vertritt und der letztere durch die unter seiner Zustimmung vorgenommenen Geschäfte verpflichtet wird, sofern nicht die Gültigkeit des Geschäftes selbst von dem obervormundschaftlichen Konsens abhängig gemacht ist.

Die zweite der unter der Rubrik: „Formelles Recht" mitgetheilten Entscheidungen, das Präjudikat des IV. Senates vom 22. November 1870 (S. 282) spricht aus,

daß es die Verletzung eines Rechtsgrundsatzes enthält, wenn der Richter erkennt: daß die Parteien bestimmte Eide zu leisten haben, die weitere Entscheidung in der Sache, wie über den Kostenpunkt aber, falls die Eide geschworen oder nicht geschworen werden, der Purifikatoria, beziehentlich einem demnächst abzufassenden Erkenntnisse, vorzubehalten sei.

Die Motive weisen mit Recht darauf hin, daß nach §. 1. Einl. zur A. G.-O., wonach alle privatrechtlichen Streitigkeiten durch richterlichen Ausspruch entschieden werden müssen, die Partei das Recht hat und der Richter unbedingt verpflichtet ist, den Prozeß durch einen richterlichen Spruch zu Ende zu bringen, wie denn auch die §. 377. Tit. 10; §. 39 Tit. 13 und §. 4. Tit. 22. Th. I. a. a. O. anordneten, daß wenn das Erkenntniß auf einen Eid gestellt werde, in diesem zugleich die Folgen für die Ableistung und Nichtableistung desselben festgesetzt werden müssen. Deswegen könne ein Ausspruch, welcher dies nicht thue, gar nicht den Charakter eines Erkenntnisses, sondern nur den einer, nicht der Rechtskraft fähigen Resolution haben. Darin ist allerdings dem höchsten Gerichtshof beizutreten, weil der preußische Prozeß nur ein Enderkenntniß kennt und ferner die Purifikatoria als solche nicht mehr dazu bestimmt ist, eine materielle Entscheidung über das Rechtsverhältniß abzugeben, sondern einfach die Folgen der Ausschwörung oder Nichtausschwörung

der in dem Enderkenntniß festgesetzten Eide nach Maßgabe desselben zu deklariren. Zur Widerlegung des Bedenkens, daß bei einer großen Anzahl im Erkenntniß zu normirender Eide, die Folgen der Eidesleistung, resp. Verweigerung nicht gut festgesetzt werden könnten, heißt es in den Motiven weiter: „Es ist keineswegs nothwendig und auch nirgends vorgeschrieben, daß bezüglich aller möglichen, durch die Leistung oder Nichtleistung mehrerer Eide entstehenden Kombinationen, in dem die Eide feststellenden Erkenntnisse eine Entscheidung getroffen werde, sondern es reicht aus, wenn durch das Erkenntniß die Folgen der Leistung oder Nichtleistung aller Eide festgesetzt werden, indem es sich von selbst versteht, daß wenn nach beschrittener Rechtskraft sich von selbst ergiebt, daß nur einige der erkannten Eide geleistet werden, andere dagegen nicht, nunmehr darüber, wie in einem solchen, in dem Haupterkenntnisse nicht vorhergesehenen Falle, die gegenseitigen Rechte und Pflichten der Parteien zu stehen kommen, nachträglich durch Erkenntniß entschieden werden muß. Unter allen Umständen aber muß in dem Urtel festgestellt werden, welche Wirkung die Leistung oder Nichtleistung der Eide in Bezug auf das zwischen den Parteien streitige, zur Entscheidung des Richters gestellte Rechtsverhältniß, also auf die von den Parteien in der Sache selbst gestellten Anträge haben soll". Ich muß bekennen, daß mir diese Ausführung nicht recht verständlich ist. Wenn das Ober-Tribunal hier zwischen der Festsetzung der Folgen der Leistung oder Nichtleistung der Eide und den daraus folgenden Kombinationen unterscheidet, so könnte man unter der ersteren etwa eine Festsetzung der Art verstehen, daß bei Ableistung des Eides die Einrede, Replik u. s. w. für bewiesen, resp. nicht bewiesen zu betrachten sei. Diese Annahme macht aber der Schlußsatz der mitgetheilten Deduktion unmöglich, weil eben die dort bezeichnete Wirkung allein von vornherein unter Berücksichtigung aller Kombinationen im Erkenntniß ausgesprochen werden kann. Zudem würde eine Außerachtlassung dieses letzteren Punktes nach den eigenen Ausführungen des Ober-Tribunals nicht für statthaft zu erachten sein, denn dabei bliebe der Purifikatoria nicht blos die Kombination der Wirkungen der Ableistung, resp. der Nichtableistung der verschiedenen Eide, sondern auch immer eine materielle Entscheidung überlassen. So beseitigt denn die Ausführung des Ober-Tribunals jenes Bedenken nicht. M. E. läßt sich der anscheinende Widerspruch, welcher zwischen den zitirten Vorschriften der A. G.-O. und dem praktischen Bedürfniß vorliegt, auf folgende Weise lösen. Der §. 42. Tit. 13. Th. I. A. G.-O. schreibt eine deutliche, den Parteien verständliche Tenorirung und Abfassung der Urtheile vor. Diese ist aber bei Anwendung der gedachten Bestimmungen, welche die Festsetzung der Folgen der Eidesleistung oder Verweigerung verlangen, in dem Fall, wo mehrere Eide aufzuerlegen sind und eine Anzahl von Kombinationen sich aus der Befolgung jener Vorschriften ergeben würden, nicht möglich. Da die A. G.-O. bei den letzteren offenbar solche komplizirte Fälle nicht im Auge gehabt hat, so wird man für diese dem §. 42. a. a. O. den Vorrang zugestehen müssen, und es wird genügen, wenn der Richter bei den zunächst und principaliter zur Anwendung kommenden Eiden die materiellen Folgen der Ableistung resp. Nichtableistung festsetzt, im Uebrigen aber die weitere Entscheidung einem Nachtrags-Erkenntnisse vorbehält.

Nur eine Anwendung eines schon früher angenommenen Grundsatzes (s. Entscheidung vom 4. März 1856, Striethorst, Archiv für Rechtsfälle Bd. 20. S. 245) enthält das Erkenntniß des I. Senates vom 15. Juli 1870 (S. 287),

daß die Vorschrift des §. 311 b. Tit. 10. Th. I. A. G.-O.[5]) auch auf Eide, deren Formel durch rechtskräftige Erkenntnisse gestellt ist, Anwendung findet,

eine Annahme, welche mit Rücksicht auf §. 45. Tit. 22. Th. I. A. G.-O. gerechtfertigt ist.

Das Urtheil desselben Senates vom 2. September 1870 (S. 294), dahin lautend,

daß die von dem Verklagten gegen einen Kontumazial-Bescheid nachgesuchte und erwirkte Restitution demselben nicht alle Wirkung dergestalt nimmt, daß auch die in dem Kontumazial-Bescheide mitenthaltenen, dem Kläger nachtheiligen Festsetzungen ohne Weiteres ihre Bedeutung verlieren, sondern vielmehr diese Festsetzungen sofern der Kläger dagegen nicht appellirt, diesem gegenüber in Rechtskraft übergehen,

ist in zutreffender Weise dahin motivirt, daß die seitens des Verklagten nachgesuchte Restitution sich der Natur der Sache nach nur auf die wider ihn ergangenen Festsetzungen des Urtheils, nicht gegen die zu Ungunsten des Klägers ausgefallenen Bestimmungen (z. B. eine theilweise Abweisung desselben) beziehen könne, weil der Verklagte durch die letzteren nicht lädirt werde, also dagegen auch selbstverständlich niemals in den früheren Stand wieder eingesetzt werden könne. Da ein solcher Theil des Erkenntnisses gar nicht die Natur eines Kontumazial-Bescheides habe, so beziehe sich der §. 76. Tit. 14. Th. I., wonach das in Folge der Restitution gegen den letzteren erlassene Erkenntniß als das erste zu erachten sei, gar nicht auf diesen, und überdies setze der §. 79 a. a. O. auch fest, daß, wenn sich der Kläger bei einem Kontumazial-Bescheide nicht beruhigen wolle, der letztere appelliren und die Appellation bis nach erfolgter Entscheidung über die Restitution des Verklagten ausgesetzt werden müsse, mithin das Kontumazial-Urtheil, selbst wenn der Beklagte Restitution nachsuche, doch, soweit der Kläger die Appellation unterlassen habe, ihm gegenüber rechtskräftig werde.

Ebenso ist es zu billigen, daß der III. Senat mit Rücksicht auf das beschränkte beneficium novorum in der Revisions-Instanz in dem Erkenntniß vom 7. Februar 1870 (S. 302) ausgesprochen hat,

daß das Bestreiten thatsächlicher Behauptungen des Gegners, die in früheren Instanzen nicht bestritten waren, und die Annahme und Relation zugeschobener Eide in der Revisions-Instanz nicht zulässig ist.

Das Urtheil des IV. Senates vom 8. November 1870 (S. 305), welches die Ueberschrift trägt:

---

[5]) „Wenn durch den Eid zwei oder mehrere Thatsachen abgelehnt werden sollen, die nur dann, wenn sie insgesammt richtig wären, die rechtliche Folge, auf die es ankommt, begründen würden, so muß der Schwörende, wenn er auch eine oder die andere dieser Thatsachen einräumt, dennoch zur eidlichen Ablehnung der übrigen zugelassen werden."

In wie weit ist eine Litisrenunciation in zweiter Instanz zulässig und wirksam?

führt aus, daß zwar nach §§. 21. Tit. 20. und §. 20. Tit. 23. Th. I. A. G.-O. dem Prozesse während des Laufes desselben entsagt werden kann, daß sich dies aber nur von der ersten, nicht von der zweiten Instanz verstehen lasse, weil das erste Urtheil bereits über die Rechte der Parteien entscheide, und nur durch ein Erkenntniß der höheren Instanz beseitigt werden könne. Durch die bloße Erhebung des Rechtsmittels der Appellation verliere das Urtheil erster Instanz nicht seine Bedeutung, und deshalb könne der Kläger durch Zurücknahme seiner Appellation die des Verklagten nicht rückgängig machen, ohne gleichzeitig auf alle gegen denselben geltend gemachten Ansprüche zu verzichten.

Ferner wird man der Annahme in dem Erkenntniß des III. Senates vom 25. November 1870 (S. 330) zustimmen müssen,

daß der Exekutionssucher aus eigenem Recht befugt ist, auf die Herbeischaffung der nach erfolgter Beschlagnahme entfrembeten Sachen Klage zu erheben.

In den Motiven heißt es: „Es kann auf keine Weise bezweifelt werden, daß der Exekutionssucher zur Erhebung der bezüglichen Klage legitimirt ist, da dies bei seinem wesentlichen Interesse an dem Verbleiben der arrestirten Sachen in richterlichem Gewahrsam, aus der Natur des obwaltenden Rechtsverhältnisses folgt, für Fälle der Veräußerung oder Verpfändung arrestirter Gegenstände auch im §. 83. Tit. 29. Th. I. A. G.-O. anerkannt ist.“ Allerdings entsteht durch die Beschlagnahme beweglicher Sachen kein Pfandrecht an denselben und somit läßt sich die hier dem Exekutionssucher beigelegte Klage nicht als eine Pfandklage auffassen, vielmehr kann dieselbe — das Ober-Tribunal hat darüber geschwiegen — nur als eine Klage charakterisirt werden, wodurch die Verfügung des Schuldners für nichtig erklärt wird, und zu deren Anstellung der Extrahent der Exekution, weil die Beschlagnahme dadurch zu seinem Nachtheil alterirt wird, legitimirt erscheint.

Die Entscheidung des II. Senates vom 4. Januar 1870 (S. 335) nimmt an,

daß im schleunigen Bauprozesse auch über einen, damit in Verbindung stehenden sonst zum gewöhnlichen Verfahren gehörigen Streit, insbesondere über die Eigenthumsgrenze entschieden werden kann, und darüber nicht erst vor Anstellung des Bauprozesses erkannt zu werden braucht (oder richtiger, daß der Richter die im Bauprozesse verlangte Entscheidung nicht verweigern, also die betreffende Klage nicht zur Zeit abweisen darf, weil eine Einwendung der gedachten Art vom Verklagten erhoben worden ist).

Der §. 13 der Verordnung vom 21. Juli 1846 schreibt für den Bauprozeß nur eine Beschleunigung durch Ansetzung kürzerer Fristen vor. Da dieses Verfahren aber sonst keine Eigenthümlichkeiten hat, so ist weder die Erhebung solcher Einwendungen, welche das Recht zum Bauen betreffen, und vielleicht eine längere Untersuchung veranlassen, ausgeschlossen, noch andererseits für den Kläger diese Prozeßart unzulässig, wenn der Verklagte dergleichen Einreden geltend macht, vielmehr tritt die allgemeine Regel ein, daß alle Umstände, welche für die rechtliche Zulässigkeit eines Baues oder der

in Angriff genommenen Art desselben von Einfluß sein können, in dem Verfahren zur Erörterung gezogen werden müssen.

Nach dem Urtheil des III. Senates vom 11. Juli 1870 (S. 338)

sind die landesherrlich bestätigten, auf Gegenseitigkeit gegründeten Privat-Versicherungs-Gesellschaften gegen Hagelschaden nicht den im §. 49 der Konk.-Ordn. gedachten, unter Autorität des preußischen Staates bestehenden Instituten zuzurechnen, welche bei der Vertheilung der Kaufgelder eines subhastirten Grundstücks auf das dort bezeichnete Vorzugsrecht vor den eingetragenen Hypothekengläubigern Anspruch machen können.

Wenn nach dem §. 49 a. a. O. die auf dem Grundstück haftenden Abgaben, „welche an Meliorationsgenossenschaften oder andere gemeinnützige, unter der Autorität des preußischen Staates bestehende Institute, namentlich an Vereine behufs gemeinschaftlicher Uebertragung der durch Brand, Hagelschlag oder Viehsterben entstandenen Schäden zu gewähren sind", das gedachte Privileg besitzen, so bleiben doch Gesellschaften, welche blos zur Rechtsgültigkeit ihres Gesellschafts-Vertrages einer landesherrlichen Genehmigung bedürfen, und im Interesse des Publikums in einzelnen Beziehungen staatlicherseits überwacht werden, immer private, und können deshalb nicht für solche erachtet werden, welche unter Autorität des Staates bestehen, d. h. welche unter dieser ihre Geschäfte führen, sowie einen besonderen Schutz und besondere Privilegien genießen, wie dies z. B. bei den auf Grund von Provinzial- resp. Kommunal-Landtagsbeschlüssen geordneten und königlich bestätigten Feuersocietäten für Provinzen, Landschaften und Städte der Fall ist. Dieses aus dem Wortlaut des Paragraphen sich ergebende Resultat wird übrigens auch noch durch die Entstehungsgeschichte desselben eingehend gerechtfertigt.

Das Erkenntniß des IV. Senates vom 6. Januar 1870 (S. 346), welches die Ueberschrift trägt:

Findet zwischen den §§. 96 und 101 der Konk.-Ordn. ein Widerspruch statt?

spricht aus, daß selbst, wenn eine Kompensation nach §. 96. Nr. 3, weil gegenseitige Forderungen vor der Konkurs-Eröffnung zwischen dem Gemeinschuldner und Gläubiger bestanden haben, zulässig ist, aber die Forderung des ersteren an den letzteren erst nach dem Tage der Zahlungseinstellung oder innerhalb der nächst vorhergegangenen 10 Tage begründet worden, um eine datio in solutum des Kridars auf eine dem Gläubiger zustehende Forderung und in Folge dessen eine Kompensation des Werthes der an Zahlungsstatt gegebenen Sachen möglich zu machen, dieses Geschäft der Anfechtung nach §. 101. Nr. 3 unterliegt. Es ist vollkommen zutreffend in den Motiven bemerkt, daß die im 10. Abschnitt der Konkurs-Eröffnung enthaltenen generellen Rechtsnormen über die Kompensabilität die Frage, unter welchen Voraussetzungen ein vom Kridar mit einem seiner Gläubiger abgeschlossenes Rechtsgeschäft von der Gläubigerschaft angefochten werden kann, völlig unberührt lassen, daß darüber vielmehr die im 11. Abschnitt aufgestellten Regeln entscheiden, bei denen es nicht blos auf den Tag der Konkurs-Eröffnung, wie für die Kompensation, sondern auch auf den Zeitpunkt der Zahlungseinstellung ankomme, und daß demgemäß auch nicht allein die

Form, in welche ein anfechtbares Geschäft eingekleidet sei, entscheiden könne, es vielmehr allein erheblich sei, ob das Wesen des Vertrages darin bestehe, daß zum Zwecke der Befriedigung des Gläubigers wegen seiner Forderung an den Gemeinschuldner dieser dem ersteren das Eigenthum an seinen (des Kridars) Sachen überlassen habe, das Geschäft mithin darauf gerichtet war, wie der §. 101. Nr. 3 voraussetzt, die Schuld des Kridars an den Gläubiger durch Hingabe von Mobilien (und Kompensation des Werthes derselben) also weder durch Baarzahlung noch durch Handelspapiere zu decken.

Ebenso gerechtfertigt ist die Entscheidung desselben Senates vom 27. Oktober 1870 (S. 352),

> daß die die Rückforderung einer auf einen gezogenen Wechsel geleisteten Zahlung betreffende Bestimmung des zweiten Absatzes des §. 100 der Konk.-Ordn.[6]) auch auf solche Zahlungen Anwendung findet, welche der Kridar als Bezogener dem Trassanten selbst geleistet hat.

Nach einer ausführlichen Darlegung der Entstehungsgeschichte des betreffenden Paragraphen wird diese Annahme weiter damit begründet: „Vielmehr erhellt mit Gewißheit nur so viel, daß in dem Entwurfe der Konk.-Ordn. beabsichtigt worden ist, gegen Wechselgläubiger jeder Art die Rückforderungsklage zuzulassen, daß jedoch denjenigen dieser Gläubiger, welche Mangels Zahlung zu protestiren verpflichtet gewesen wären, für den ihnen aus der Rückzahlung des Empfangenen erwachsenden Nachtheil in der Erweiterung der Protestfrist einen Ersatz zu gewähren, daß aber bei der Berathung des Entwurfes weder jene allgemeine Zulassung der Rückforderungsklage gegen befriedigte Wechselgläubiger, noch das für eine einzelne Gattung derselben in Vorschlag gebrachte Ersatzmittel gebilligt, sondern lediglich diejenige dem französischen Fallimentsgesetze vom 28. Mai 1838 analoge Bestimmung zum Gesetze erhoben ist, welche jetzt den zweiten Absatz der Konk.-Ordn. bildet, und welche bei gezogenen Wechseln die Rückforderungsklage nur gegen den Aussteller, und auch gegen diesen nur dann zuläßt, wenn er von der Zahlungs-Einstellung des nachmaligen Gemeinschuldners bereits bei Ausstellung oder Begebung des Wechsels Kenntniß gehabt hat. Hiernach läßt sich ein bestimmter Nachweis, daß bei der Redaktion des §. 100 der Konk.-Ordn. beabsichtigt worden sei, denselben in der von der Revidentin befürworteten Einschränkung (ihn nicht auf an den Trassanten selbst, sondern nur an Dritte im Wechselverbande stehende Personen geleistete Zahlungen zu beziehen) zur Anwendung zu bringen, nicht führen.

Das Urtheil des IV. Senates vom 14. Juni 1870 (S. 360) spricht aus,

> daß der Art. XII. Abs. 2 des Einführungsgesetzes zur Konkurs-Ordn. die Ehefrau vor der Anfechtungsklage der Gläubigerschaft ihres Ehemannes auch dann schützt, wenn der letztere eine Illatenpost

---

[6]) „Jedoch findet .... die Rückforderung der Zahlung eines auf den Gemeinschuldner *gezogenen* Wechsels nur gegen denjenigen statt, für dessen Rechnung der Wechsel gezogen wurde, und auch gegen diesen nur dann, wenn .... der letztere bei Ausstellung oder Begebung des Wechsels davon Kenntniß besaß, daß bereits der Gemeinschuldner die Zahlung eingestellt hatte oder daß bereits der Gemeinschuldner die Unzulänglichkeit seines Vermögens bei dem Gericht angezeigt oder ein Gläubiger desselben die Konkurs-Eröffnung erlangt hatte."

> auf ein Grundstück binnen Jahresfrist seit dessen Erwerbung aus freien Stücken hat eintragen lassen,

weil die betreffende Bestimmung der Ehefrau das Recht gewährt, ihre Ansprüche wegen ihres gesetzlich in die Verwaltung des Mannes gekommenen Vermögens bei späterer Erwerbung von Grundstücken Seitens des Mannes noch binnen einem Jahre nach der letzteren in das Hypothekenbuch eintragen zu lassen, und es deshalb da, wo der Fall des §. 254. Tit. 1. Th. II., der gesetzliche Titel zur Hypothek der Frau vorläge, nicht darauf ankommen könne, ob die Ehefrau die Eintragung oder der Mann sie aus freien Stücken, ohne ein solches Verlangen der Ehefrau abzuwarten, beantragt habe, weil die letztere in diesem Falle immer in der Lage sei, die Intabulation sogar gegen den Willen des Ehemannes zu erzwingen.

Derselbe Senat hat ferner am 1. Dezember 1870 (S. 366) angenommen,

> daß derjenige Gläubiger, welche vor der Konkurs-Eröffnung eine Forderung gegen den Gemeinschuldner rechtskräftig erstritten, sich aber weder im Konkurse selbst gemeldet, noch an den Akkord-Verhandlungen Theil genommen hat, für diese seine Forderung nicht eines neuen exekutorischen Titels bedarf, um auf Grund des abgeschlossenen und bestätigten Akkordes seine akkordmäßige Befriedigung gegen den früheren Gemeinschuldner sofort im Wege der Exekution beantragen zu können,

weil der §. 201 der Konk.-Ordn. (in der früheren und in der durch das Gesetz vom 12. März 1869 gegebenen Fassung) zwar bestimme, daß wegen der nicht im Akkorde als richtig festgestellten Forderungen die Exekution erst dann stattfinde, wenn der Gläubiger für die Forderung einen vollstreckbaren Titel erlangt habe, indessen sich seinem Wortlaute nach nicht auf schon vor der Konkurs-Eröffnung zur Exekution stehende Ansprüche beziehe, und weder ein innerer Grund noch eine besondere gesetzliche Vorschrift existire, wodurch den Forderungen der letzteren Art die Rechtskraft und die sich auf dieselbe gründende Exequirbarkeit in Folge des Konkurses wieder genommen werde.

Auch dem weiteren Ausspruch desselben Senates vom 18. Oktober 1870 (S. 371),

> daß der definitive Konkursverwalter zur Anfechtung der Rechtshandlungen des Gemeinschuldners, wenn dieselbe im Wege der Einrede geschieht, der Genehmigung oder Ermächtigung des Verwaltungsrathes oder Konkurs-Kommissars nicht bedarf,

wird man beitreten müssen. Allerdings verlangt der §. 223. Nr. 3 die erwähnte Genehmigung „zur Anstellung von Klagen zur Anfechtung von Rechtshandlungen des Gemeinschuldners", indessen läßt sich daraus nicht die Nothwendigkeit einer Autorisation auch zu einer auf dem Wege der Einrede geltend zu machenden Anfechtung entnehmen, denn die besondere Erwähnung der Anfechtung neben der Anstellung der Klagen war deshalb erforderlich, weil die erstere auch außergerichtlich statthaben kann. Ebenso wenig stringent ist der § 110 der Konk.-Ordn.; dieser hat nur die Absicht, jeden Zweifel über die Zulässigkeit der Anfechtung auch durch Erhebung von Einreden auszuschließen. Mangels einer entscheidenden Vorschrift der Konk.-Ordn. kommt daher die Natur der Sache mit in Frage, und danach ist anzunehmen, daß

es nur da einer besonderen Ermächtigung bedarf, wo der Verwalter aktiv vorgeht, nicht aber da, wo derselbe sich auf einen Prozeß einläßt, weil es hier seine Pflicht ist, alle Vertheidigungsmittel zur Zurückweisung des Anspruchs geltend zu machen, und er hier, wie er zur Einlassung überhaupt keine besondere Genehmigung einzuholen hat, auch in der Wahl der Vertheidigungsmittel uneingeschränkt sein muß.

Ferner hat der IV. Senat am 10. März 1870 (S. 378) entschieden,

> daß in dem Prioritätsverfahren bei Exekutionsvollstreckungen in das bewegliche Vermögen die gesetzlich bestimmte Frist von spätestens sieben Tagen für Berücksichtigung nachträglicher Beitritts-Erklärungen nur von dem Termine zurückzuberechnen ist, welcher zur Verhandlung über den definitiv aufgestellten Vertheilungsplan ansteht, und in dem es zur Ausführung der Theilung auch wirklich kommt,

d. h. also daß ein Gläubiger, welcher sich erst nach dem ursprünglichen zur Vertheilung angesetzten Termine, in welchem aber eine Distribution der Masse nicht erfolgt, in der später zu diesem Behufe angesetzten Tagfahrt zugelassen werden muß, sofern er nur die betreffende Frist von diesem ab zurückgerechnet innegehalten hat, weil der §. 371 der Konk.-Ordn. lediglich aus Zweckmäßigkeitsgründen eine Zeitgrenze festsetze, um die aus einer zu kurzen Meldung vor dem Termine hervorgehenden Inkonvenienzen zu vermeiden, aber keine Präklusion der Forderungen wegen verspäteter Beitritts-Erklärung androhe, also bei der Vereitelung der Theilung in dem erst angesetzten Termine die nachträgliche Meldung nicht ausgeschlossen werden könne.

Das weitere Urtheil, welches gleichfalls vom IV. Senat am 21. Dezember 1869 erlassen ist (S. 382), nimmt an,

> daß der Grundsatz, daß Gläubiger, welche mit ihren Forderungen an den Nachlaß im Liquidationsverfahren ausgeschlossen werden, im Konkurse erst nach Befriedigung der Gläubiger, denen im Präklusionsurtel ihre Ansprüche vorbehalten sind, Zahlung aus der Masse erhalten können, nur in dem Falle gilt, wenn das Präklusions-Erkenntniß vor Eröffnung des Konkurses die Rechtskraft erlangt hatte.

Der §. 360 der Konk.-Ordn. spricht allerdings aus, daß die Gläubiger, „welchen in dem Präklusions-Erkenntnisse ihre Ansprüche vorbehalten sind", den präkludirten in dem später eröffneten Konkurse vorgehen, kann aber nur ein rechtskräftiges derartiges Urtheil im Auge haben. Denn der Konkurs absorbirt das erbschaftliche Liquidationsverfahren vollkommen und daher kann nach seinem Eintritt von einer Präklusion nicht mehr die Rede sein. Eine solche ist aber noch nicht mit der Existenz des darauf ergehenden Erkenntnisses wirksam vollzogen, vielmehr erst dann, wenn dasselbe die Rechtskraft erlangt hat. Da nun der inzwischen eintretende Konkurs die Möglichkeit dieser wegen seiner absorbirenden Natur beseitigt, kann das blos erlassene Präklusionsurtheil keine rechtlichen Folgen mehr äußern.

Nach dem folgenden Erkenntniß des IV. Senates vom 7. April 1870 (S. 389)

> erfordert der §. 7. Nr. 1 des Gesetzes vom 9. Mai 1855 zu seiner Anwendbarkeit den Nachweis, daß dem Gläubiger durch die Rechtshandlung des Schuldners ein Nachtheil zugefügt worden ist.

Motivirt wird dies damit, daß wenn „alle Rechtshandlungen, welche der

Schuldner in der dem andern Theile bekannten Absicht vorgenommen hat, um die Gläubiger zu bevortheilen", angefochten werden dürfen, diese Bestimmung nicht ohne Weiteres dem Gläubiger die Befugniß gebe, stets derartige Handlungen anzugreifen ohne Rücksicht darauf, ob dadurch sein Recht, aus dem Vermögen des Schuldners Befriedigung zu erlangen, beeinträchtigt wird oder nicht, vielmehr sei die Benachtheiligung des Gläubigers wesentliche Voraussetzung für das Anfechtungsrecht. Bestelle daher der Schuldner mit seinem Grundstücke Hypothek, so werde der Gläubiger dadurch noch allein nicht benachtheiligt, denn er könne sein Exekutionsrecht ausüben, weil er die ihm zustehende Forderung auf dem Grundstücke eintragen lassen und die Subhastation desselben veranlassen könne. Erst bei der Subhastation entscheide es sich, ob der Gläubiger durch Hypothekbestellung benachtheiligt worden, und deshalb gebe der §. 392 der Konk.-Ordn. jedem im Termine anwesenden Realgläubiger ein Anfechtungsrecht, wenn seiner Befriedigung durch anderweite Forderungen Eintrag geschehe.

Der III. Senat hat in seinem Erkenntniß vom 30. Mai 1870 (S. 395) angenommen,

> daß die Verordnung vom 14. Juli 1797 dann keine Anwendung findet, wenn bei einer Subhastation theilungshalber der eine Eigenthümer gegen eine vom Miteigenthümer versprochene Abfindung vom Bieten absteht, das Versprechen der Abfindung selbst aber weder den Gläubigern noch den Eigenthümern zum Nachtheile gereicht.

In den Gründen wird ausgeführt: „Nach der ausgesprochenen ratio legis und der Bestimmung des §. 3, mit dem der §. 5 übereinstimmt, kann das Gesetz keine Anwendung finden, wenn ein Nachtheil des Eigenthümers gar nicht vorliegt oder vorliegen kann. Wenn namentlich ein Miteigenthümer bei der Subhastation theilungshalber seinem Miteigenthümer, der mitbieten will und mitbietet, eine Entschädigung für das Nichtmitbieten oder Aufgeben weiteren Bietens gewährt, kann ein solches Abkommen nicht für unerlaubt erachtet werden. Es werden dadurch nicht fremde Kauflustige, die keinen Anspruch auf Vortheil haben, betroffen; es wird das Recht des Miteigenthümers nicht verletzt, und ebenso wenig der Gläubiger, wenn sie überhaupt existiren, da bei einer solchen Subhastation ihre Rechte nicht alterirt werden". Ist diese Deduktion auch nicht genügend, so wird man ihrem Ergebniß doch beistimmen müssen. Nach der angeführten Verordnung soll der Zweck der öffentlichen Versteigerung nicht dadurch vereitelt werden, daß dem Eigenthümer des zu verkaufenden Objekts oder dessen Gläubigern der rechtmäßige Vortheil, welchen sie durch diesen gesetzmäßig veranstalteten Weg der Veräußerung hätten erhalten können; zu Gunsten eines Dritten, welcher darauf nicht den entferntesten Vortheil hat, entzogen werde. Läßt sich nun ein Miteigenthümer durch den andern eine Abfindung für das Nichtmitbieten zahlen, so wird, falls die Subhastation theilungshalber die Gläubiger nicht berührt und auch kein anderer Miteigenthümer vorhanden ist, dadurch, daß in Folge des Abstandsvertrages der eine Miteigenthümer nicht mitbietet und deshalb vielleicht eine Steigerung der Gebote der sonstigen Bietungslustigen unmöglich gemacht wird, dem Miteigenthümer, welcher das Abstandsgeld genommen hat, kein Nachtheil zugefügt, weil er sich mit diesem und der Hälfte resp. der seinem Miteigenthum entsprechenden Quote des durch die Unterlassung des Mitbietens

vielleicht in geringerem Betrage erzielten Erlöses durch Eingehung des Vertrages einverstanden erklärt hat, und er sein Miteigenthum zu einem beliebig geringen Preise verkaufen kann. Dasselbe gilt von dem anderen Miteigenthümer, denn auch dieser kann sich nicht beschweren, wenn ein geringerer Kaufpreis durch seine Handlung erzielt worden, namentlich dann nicht, wenn er der Meistbietende geblieben ist. Wollte man aber die Verordnung auf den hier in Rede stehenden Fall anwenden, so müßte man nach §. 5 derselben, nach welchem der von dem zurückstehenden Kauflustigen erlangte Vortheil dem früheren Eigenthümer des versteigerten Objekts zufallen soll, dem Miteigenthümer, welcher nicht mitgeboten hat, die Hälfte resp. den seiner Miteigenthumsquote entsprechenden Betrag seiner Abfindung belassen, die andere Quote aber gerade demjenigen Miteigenthümer, welcher ebenso schuldig wäre, wie er, zusprechen, und damit den ersten ohne jeden haltbaren Grund benachtheiligen, dem andern aber noch einen Vortheil zuwenden. Diese wunderliche Konsequenz, welche dem beabsichtigten Erfolg des Gesetzes geradezu widerspricht — dieses will beide Paciscenten durch Verlust des Abstandsgeldes bestrafen, indem es dem Zahlenden keine Zurückforderung gestattet, dem Empfänger dasselbe aber zu Gunsten des Benachtheiligten entzieht, — zeigt deutlich, daß die Verordnung nicht auf den gedachten Fall angewendet werden kann.

Abgesehen von den besprochenen Entscheidungen und den von mir aus Mangel eines erheblicheren Interesses übergangenen (s. S. 16. betreffend die Ermittelung des Rechts zum Besitze bei der Besitzstörungsklage des Servitutberechtigten; S. 254 betreffend die Grundsteuer-Entschädigung in Westphalen, S. 267 betreffend das für begründet anerkannte Recht der Familienmitglieder des gräflich Stolberg-Wernigerodeschen Hauses auf den privilegirten Gerichtsstand in Preußen; S. 321 betreffend den Uebergang des Wahlrechts auf den Gläubiger bei der Exekution des alternativ verurtheilten Schuldners und S. 401 betreffend die nach Tit. 7. Th. III. A. G.-O. zur Gültigkeit eines Notariatsinstrumentes wesentlichen Förmlichkeiten), welche sich auf das preußische Recht beziehen, finden sich in dem Bande auch noch zwei das gemeine Recht betreffende Erkenntnisse des III. Senates vom 21. Nov. 1870 (S. 72) und des V. Senates vom 11. Oktober 1870 (S. 91). Das erste entscheidet sich dafür,

> daß ein in einem Testament eingesetzter postumus nondum conceptus erbfähig ist,

und stellt sich damit in dieser Kontroverse auf die Seite der Anhänger einer freieren Auffassung der römisch-rechtlichen Bestimmungen. Das zweite hat angenommen,

> 1) daß gegen einen vor länger als zwei Jahren über ein Darlehn ausgestellten Schuldschein der Beweis der Nichtexistenz der Schuld zulässig ist und
>
> 2) daß ein solcher Gegenbeweis als exceptio non numeratae pecuniae nicht durch ein mündlich wiederholtes Anerkenntniß der Schuld ausgeschlossen wird.

Bibliographie.

(Die Zeitschriften werden erst mit Beginn des neuen Jahrganges aufgeführt; von selbstständigen Werken sind die seit Abschluß des letzten Heftes eingegangenen genannt. Die bereits früher eingegangenen werden, soweit dies noch nicht geschehen, thunlichst in den nächsten Heften angezeigt werden.)

Corpus juris civilis Editio stereotypa. Fasciculus IIII. Digestorum Lib. XXXVI—XXXXV. Recognovit Theodorus Mommsen. Berolini. Apud Weidmannos MDCCCLXXI.

Zöpfl, H., deutsche Rechtsgeschichte. 4 verm. und verb. Aufl. 1. Bd. 1. Theil. Gesch. d. Rechtsquellen. Braunschw. Verl. v. Fr. Wreden. 1871. 8. VII u. 247 SS.

Walther, O. A. Das sächsische oder Magdeburgische Weichbild-Recht. Nach der Pergamenthandschrift einst der Stadt Orlamünda, jetzt zu Gotha, vom Jahre 1381. Zum ersten Male herausgegeben, mit einem Glossar. Leipzig. Verl. von Friedrich Brandstetter. 1871. gr. 8. X u. 84 S. (16 gl.)

Brunner, Dr. H., o. ö. Prof. d. deutschen Rechts an d. Univ. Prag. Die Entstehung der Schwurgerichte. Berlin, Weidmannsche Buchh. 1871. 8. XXIV u. 477 S.

Fenner und Mecke, Rechtsanwälte beim K. Obertribunal, Civilrechtliche Entscheidungen der obersten Gerichtshöfe Preußens für die gemeinrechtlichen Bezirke des Preußischen Staats. Dritter Jahrg. 1 Heft. Berlin. Weidmannsche Buchhandlung. 1872. (Preis des Jahrg. zu 4 Heften 2 Thlr.)

Czyhlarz, Dr. K., o. Prof. d. Rechte an d. Prager Univ. Zur Lehre von der Resolutiv-Bedingung. Prag. Verl. v. H. Dominicus. 1871. 8. 101 SS.

Mann, Leop., Dr. jur. utr. Ober-Ger.-Adv. in Bremen. Untersuchungen über den Begriff der Reallasten im gemeinen Recht. Neue Ausg. Dessau. 1872. Verl. v. Em. Barth. 8. IV. u. 118 S.

Malmros (Kronsyndikus, Geh. Ob.-Justiz-Rath und Vicepräs. des Appell-Gerichts in Kiel.) Der Entwurf eines Gesetzes betr. die Ablösung der Reallasten in der Provinz Schleswig-Holstein. Kiel. Schwers'sche Buchhandlung. 1871. 8. 40 SS.

Dambach, Dr. O., Geh. Ob.-Postrath. Das Gesetz über das Postwesen des deutschen Reiches vom 28. October 1871. Berlin. 1872. 8. Verlag v. Th. Chr. Fr. Enslin. XII und 140 SS.

Meves, Staats-Anwalt, das Gewerbe im Umherziehen nach der Bundes- und Preußischen Landes-Gesetzgebung. Berlin. Verlag von J. Guttentag (D. Collin). 1872. 8. VIII und 187 SS.

Entscheidungen des Reichs-Oberhandelsgerichts, herausg. v. d. Räthen d. Gerichtshofes. Bd. 3. H. 1—3. Erlangen. Verlag von Ferdin. Enke. 1871. 8.

Sammlung von Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern in Gegenständen des Handels- und Wechselrechts sowie von wichtigen Entscheidungen d. k. bayerischen Handelsgerichte. Unter Aufsicht und Leitung d. k. Justizministeriums herausgeg. 1 B. 1 Heft. Erlangen. Verl. v. Palm und Enke. 1871. 8.

von Hahn, Dr., Fr., Oberappell.-R. u. o. Prof. in Jena. Commentar zum Allg. D. Handelsgesetzbuch. I. Band (das 1., 2. und 3. Buch des H.-G.-B.'s). 2. verbesserte und mit bes. Bezugn. auf die Einführ.-Gesetze und die neue Reichs-

gesetzgebung bearb. Aufl. 1 Abthl. Art. 1 bis 115. Braunschw. Vieweg und Sohn. 1871. 8. 368 SS.

Kletke, Dr. G. M. Das allgemeine Wechselrecht und Handelsrecht des deutschen Reiches. Enthaltend: die allgem. D.-W.-O., die Nürnb. Novellen, das Wechselstempelsteuergesetz, das Ges. über Errichtung d. obersten Handelsgerichtshofes, das H.-G.-B., das Genossenschafts- sowie das Konsulatsgesetz und das norddeutsche Eisenbahnbetriebsreglement mit allen hierher bezüglichen, noch in Kraft gebliebenen landesgesetzlichen Bestimmungen sämmtlicher Staaten des deutschen Reiches sowie den später ergangenen Ergänzungen, Deklarationen und Erläuterungen bis auf die neueste Zeit. Verl. v. L. Simion. Berlin. 8. X. u. 501 SS. (2 Thlr.)

Schwalenberg, Leop. Offene Briefe über den Entwurf einer deutschen Civilprozeßordnung, gerichtet an den Kön. preuß. Justiz-Minister. Berlin. 1872. In Commission bei Puttkammer und Mühlbrecht. (Buchh. für Staats- und Rechtswissensch.) 8. 76 SS.

Levy, M., Rechtsanwalt. Die zweite Instanz in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten. Zur Vertheidigung des im preuß. Justiz-Ministerium bearbeiteten Entwurfs einer deutschen Civilprozeßordnung. Berlin. 1871. Puttkammer und Mühlbrecht. 8. 42 SS.

Der Preußische Kreisrichter ein Subaltern-Beamter. Ein Beitrag zur Gerichts-Reform. Von einem Richter. Berlin. 1872. In Komm. bei Puttkammer und Mühlbrecht. 8. 46 SS.

Wilke. Bau, Einrichtung und Verwaltung der Kön. neuen Strafanstalt (Zellengefängniß) in Berlin Mit 4 litogr. Tafeln. Berlin. B. Behrs Buchh. 1872. 4. 88 S.

Gruchot, J. A. Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts in besonderer Beziehung auf das preußische Recht mit Einschluß des Handels- und Wechselrechts. Neue Folge. Erster Jahrg. Erstes Heft. (Der ganzen Reihe XVI. Jahrg.) Berlin. Verl. v. Fr. Vahlen. (Inhalt: Gruchot, Beiträge z. Lehre v. d. Entscheidung d. Rechtsstreitigkeiten durch Schiedsrichter. — Rintelen. Das Präjudiz der Eidesweigerung u. s. w. — Ebmeier. Beweisurtheil oder Beweisverfügung? — Davidsohn. Litis-Renunciation nach bereits ergangenem, aber noch nicht rechtskräftig gewordenen Erkenntniß. Hoffmann. — Ueber den Einfluß des Gesetzes vom 9. Dez. 1869 auf ältere Willenserklärungen. — Rechtsfälle.)

Striethorst. Archiv für Rechtsfälle, die zur Entscheidung des Königl. Ober-Tribunals gelangt sind. 3. Folge. 3. Jahrg. 1. Band (des Ganzen 81 Bd). Berlin. Verl. von J. Guttentag (D. Collin). 1872. 8. VI u. 394 SS.

Johow, R., Ober-Tribunalsrath. Die Preußische Konkurs-Ordnung in ihrer heutigen Gestalt, das Anfechtungs-Gesetz vom 9. Mai 1855 und die Subhastations-Ordnung vom 15. März 1869. Text-Ausgabe mit Anmerkungen — Nachweis der Aenderungen und Ergänzungen, der Literatur und Praxis — und Sachregister. Berlin. Verlag von J. Guttentag (D. Collin). 1871. 16. IX und 298 SS. (15 Sgr.)

Wachler, P., Staatsanw. u. Mitgl. d. Hauses d. Abg. Die Subhastationsordnung vom 15. März 1869 mit Erläuterungen. (Preuß. Gesetze mit Erläuterungen.) 2. erheblich verm. und verb. Aufl. Berlin. 1872. Fr. Kortkampf. 8. VI und 256 SS.

Sternberg, Leo. Meditationes discontinuae über die Realkreditfrage und die preußischen Gesetzentwürfe bezüglich des Eigenthumserwerbes und der dinglichen Belastung der Grundstücke. Berlin. 1872. Verlag von Puttkammer und Mühlbrecht (Buchh. für Staats- und Rechtswissenschaft). 8. 271 SS.

Bemerkung

zu der unter Nr. 29 der Rechtssprüche mitgetheilten Entscheidung.

In dem obigen Fall differirten die Ansichten der Instanzrichter darüber, ob der Vater des Lehrlings den Lehrvertrag als gesetzlicher Vertreter seines minderjährigen Sohnes oder in eignem Namen abgeschlossen habe. Das Oberhandelsgericht hat diese Frage unentschieden gelassen. Der Referent in M. meint, man müsse hierbei zwar auf die besonderen Umstände des konkreten Falles sehen, im Zweifel aber werde der Vater als Kontrahent in eignem Namen gelten müssen. Der Lehrherr habe wegen der das Vermögen unmittelbar betreffenden Bestimmungen des Lehrvertrages regelmäßig ein Interesse daran, mit dem Vater zu kontrahiren. Aber auch durch die Feststellungen in Betreff der persönlichen Verhältnisse des Lehrherrn und Lehrlings werde mittelbar das Vermögen berührt, da die Sicherung des Lehrherrn gegen Verletzungen des Vertrages immer in einem Entschädigungsanspruch bestehe für den der Haussohn selbst, von besonderen Fällen abgesehen, keine Sicherheit biete.

Ich halte diese Ansicht in ihrem Resultat nicht für unrichtig, dagegen hebt m. E. die Begründung den wesentlichen Gesichtspunkt nicht hervor. Maßgebend ist, daß der Vater, der den Lehrvertrag abschließt, regelmäßig ein eigenes Recht und eine eigene Pflicht ausübt, das Recht und die Pflicht, Erziehung und Beruf seines Sohnes zu bestimmen. Kraft dieser Befugniß steht es ihm auch zu, den Sohn in eine Stellung zu bringen, welche demselben bestimmte persönliche Verpflichtungen auferlegt. Hieraus ergiebt sich, daß der Vater in der Regel selbst Kontrahent ist und nicht alieno nomine kontrahirt, andererseits aber auch, daß neben dem Vater auch der Sohn haftet, und Entschädigungsansprüche auch gegen diesen geltend gemacht werden können, wenn derselbe eigenes Vermögen besitzt. — Vgl. übrigens die Erkenntnisse bei Busch, Bd. 21 S. 357 und Seuffert, Arch. Bd. 11 Nr. 238.

Behrend.

Abhandlungen.

V.

Das öffentliche Armenpflege-Recht in Preußen

nach der neuesten Gesetzgebung.

Von Herrn Stadtrath Herse zu Posen.

Für den Juristen hat das Armenpflege-Recht, dieses Gemisch von Rechtsgrundsätzen, Verwaltungsmaßregeln und Polizeivorschriften, wenig Anziehendes; die Gegenstände, welche es umfaßt, die Verhältnisse, welche es regelt, liegen fern von der Heerstraße, welche er alltäglich wandelt; sie bieten ihm auch zu wenig Kombinationen, um sein volles Interesse anzuregen oder gar zu fesseln. Bei einer gegebenen Veranlassung wird in dem Gesetze und seinem Wortlaute Information gesucht und in hinreichendem Maaße gefunden. — Es ist deshalb kein Vorwurf und nur zu erklärlich, daß man ein näheres Eingehen auf die Tendenzen und Motive der Armengesetze in den Sprüchen unserer Gerichtshöfe vergebens sucht, die Entscheidungen unseres höchsten Gerichtshofes vielleicht ausgenommen, welche in dieser Beziehung meist emporragen und sich namentlich dadurch auszeichnen, daß sie vor einer Kritik der Seitens des Herrn Minister des Innern erlassenen Reskripte nicht zurückschrecken, die gleichsam als „responsa prudentum" allmälig für die Verwaltungs-Behörden eine Rechtsquelle „praeter legem" geworden sind. Der vorliegende Versuch, zur allgemeinen Orientirung der Leser dieser Zeitschrift, welchen dieses Gebiet des öffentlichen Rechts ferner liegt, die Umrisse zu skizziren, welche das Preußische Armenpflege-Recht durch das Bundesgesetz über den Unterstützungswohnsitz vom 6. Juni 1870 und das zur Ausführung desselben erlassene Preußische Armenpflege-Gesetz vom 8. März 1871[1]) erhalten hat, wird deshalb hoffentlich umsomehr auf Entschuldigung und Nachsicht rechnen dürfen, als beide Gesetze am 1. Juli 1871 bereits in volle Wirksamkeit getreten sind. Ganz ohne Interesse dürften

[1]) Der Kürze wegen zitire ich „B.-G." und „A.-G."

sie für den Leser der „Zeitschrift" nicht sein, da wenn auch die Richter jetzt nur noch selten in der Lage sein werden, dieselben zur Anwendung zu bringen, die Anwälte, welche ja bei dieser Zeitschrift Pathenstelle vertreten haben, viel öfter als bisher bei ihrer Handhabung von den Parteien zu Rathe gezogen und dieselben vor den neu kreirten Gerichtshöfen werden vertreten müssen. — Hat doch schon der Abgeordnete v. Meyer in der Sitzung des Abgeordneten-Hauses vom 13. Februar 1871 vor den „langen Advokatenrechnungen" gewarnt, auf die „fetten Erndten der Advokaten" bereits hingewiesen.

Daß das vorliegende Referat nur „de lege lata" handelt, bedarf eben so wenig einer besonderen Erwähnung als daß es von vornherein auf den Anspruch verzichtet, Etwas selbstständig Kritisches, den Stoff nur annähernd Erschöpfendes, zu bieten. Vereinfacht wird es dadurch, daß die neue Gesetzgebung sich an das bereits bestehende altpreußische Armenrecht eng angeschlossen hat. Da sie nur die Rechte und Verbindlichkeiten zwischen den öffentlichen Unterstützungs-Organen regeln konnte und wollte, so haben die **privatrechtlichen Verpflichtungen** zur Unterstützung, wie sie durch Familien- und Dienstverhältnisse, Vertrag und Genossenschaft, Stiftungen und Patronat begründet werden, eine Aenderung nicht erfahren, und ist hiernach die öffentliche Versorgungspflicht nach wie vor eine subsidiäre geblieben (§. 60, 61 B.-G.). Aufgenommen ist aber erfreulicherweise (§. 62 B.-G.) die ausdrückliche Bestimmung, daß jeder Armenverband, welcher nach Vorschrift der Armengesetze einen Hülfsbedürftigen unterstützt hat, ohne Rücksicht auf die Existenz eines ersatzpflichtigen Armenverbands vermöge einer gesetzlichen Zession „ipso jure" in diejenigen Rechte des Unterstützten tritt, vermöge deren der letztere befugt gewesen wäre, dieselben Leistungen von einem, aus anderen Titeln Verpflichteten, zu fordern.

Den in der Armengesetzgebung allgemein adoptirten Grundsatz: daß die Armenunterstützung nur als Vorschuß an den Empfänger betrachtet wird und der letztere, unter Umständen auch seine fürsorgepflichtigen Verwandten zum Ersatz desselben verpflichtet sind, wollte §. 72 des Regierungs-Entwurfs zum A.-G. nur auf den Fall einschränken, wenn der Unterstützte oder seine Angehörigen sich zur Zeit der gewährten Hülfe im Stande der Erstattungsfähigkeit befunden haben. Diese Bestimmung fiel indessen im Herren-Hause und in der Kommission des Abgeordneten-Hauses, jedenfalls im Interesse einer rationellen Armenpflege und zu deren Vortheil. Der Mahnung in der Instruktion des Herrn Ministers vom 10. April 1871, darauf hinzuwirken, daß die Armenverbände von dem ihnen hiernach gebliebenen Er-

satzrechte einen maßvollen Gebrauch machen, hätte es kaum bedurft, da es offenbar im eigenen Interesse der Gemeinden liegt, die Wiedererstattung nicht mit rigoroser Strenge durchzuführen, denjenigen, welcher sich emporgerafft hat, nicht wieder in die Verarmung zu stoßen. —

Hinsichtlich des gesetzlichen Erbrechts in den Nachlaß eines unterstützten Hülfsbedürftigen, bleibt es bei den bisherigen Bestimmungen.

Die gesetzlichen Kriterien der Armuth, die Voraussetzungen unter welchen die öffentliche Unterstützung einzutreten hat, werden aus einer erklärlichen Scheu vor nicht erschöpfender Kasuistik nicht besonders erwähnt, und **die Art und das Maaß der Unterstützung** dahin festgestellt, daß jeder hülfsbedürftige Deutsche[2])

a) Obdach,

b) den ihm zu seiner Existenz unentbehrlichen Lebensunterhalt, selbstverständlich einschließlich der Kleidung und Heizung ꝛc. ꝛc.,

c) die erforderliche Pflege in Krankheitsfällen, geeigneten Falls unter Unterbringung in einem Armen- oder Krankenhause oder mittelst Anweisung der seinen Kräften entsprechenden Arbeit innerhalb oder auch außerhalb eines solchen Hauses

d) und für den Todesfall angemessenes Begräbniß

zu erhalten hat.

Gebühren für die einem Unterstützungsbedürftigen geleisteten geistlichen Amtshandlungen sollen die Armenverbände zu entrichten nicht verpflichtet sein. (§. 1 A.-G.) Ob sie es bis jetzt oft gethan, möchte wohl zu bezweifeln sein.

Nach wie vor wird die **öffentliche Armenpflege** prinzipalen und subsidiären, räumlich nebeneinander und übereinander bestehenden Armenverbänden, den Orts- und Land-Armenverbänden übertragen (§. 2. B.-G.) und im Prinzip der Satz des altpreußischen Rechts acceptirt, daß die **vorläufige Fürsorge** vorbehaltlich des Regresses gegen den endlich verpflichteten Armenverband, demjenigen Orts-Armenverband obliegt, in dessen Bezirk die Nothwendigkeit derselben hervortritt.

[2]) Unter einem „deutschen“ Hülfsbedürftigen und einem „deutschen“ Armenverbande ist ein solcher zu verstehen, welcher dem Geltungsbereich des B.-G. angehört. Wenn das letztere am 1. Januar 1873 in Württemberg und Baden in Kraft getreten sein wird, so wird es im ganzen deutschen Reiche gelten mit Ausschluß von Elsaß-Lothringen und von Baiern. Das Letztere hält an seiner Armengesetzgebung fest. Für den Verkehr mit Baiern besteht noch der alte Gothaer „Vagabunden-Vertrag“ vom 15. Juli 1851 und die Eisenacher Convention vom $\frac{\text{11. Juli}}{\text{13. December}}$ 1853. Angesichts der Heimathsgesetzgebung bleibt der Baier im deutschen Reich „Ausländer.“

(§. 28 B.-G.) — Die Höhe der Kosten, die der definitiv Verpflichtete zu erstatten hat, richtet sich nach den am Orte der Unterstützung geltenden Grundsätzen, soweit sie nicht durch den Tarif vom 29. August 1871 allgemein festgestellt sind. Nicht erstattungsfähig sind Gebühren für die Hilfeleistung fest angestellter Armenärzte und allgemeine Verwaltungskosten der Armenanstalten. Hinsichtlich der zuletzt erwähnten Kosten schwankte bisher die Praxis. Mit Recht beschränkte das Ober-Tribunal (Striethorst Archiv Bd. 67 S. 234) die Nichterstattung nur auf die auf der Reise Erkrankten. Die vorläufige Fürsorge der Land-Armenverbände hinsichtlich dieser letzteren Armen, wie sie in §§. 29. 30 Ges. vom 31. Dezbr. 1842 statuirt war, ist beseitigt. Es laufen die allegirten Bestimmungen auf die Gewährung einer Beihülfe hinaus, die darin besteht, daß der Land-Armenverband dem Orts-Armenverbande die ausgelegte Summe sofort vorschießt, um sie selbst dann von dem endgiltig Verpflichteten zurückzufordern. Die Konservirung dieser Spezialität war im Geltungsbereiche der Preußischen Gesetzgebung durch §. 9 des Bundesgesetzes freigestellt, indeß nicht beliebt worden. Die neue Gesetzgebung kennt somit den „armen Reisenden" nicht mehr. Nicht ohne Wehmuth sehe ich ihn scheiden. In der Praxis war er mir ein steter Begleiter, und oft hat er mir über die Aufklärung verwickelter Heimathsverhältnisse leicht hinweggeholfen. Freilich habe ich wegen der erwähnten „allgemeinen Verwaltungskosten" (Strieth. A. 52 S. 10; 67 S. 234) oft durch die Herrn Bagatell-Commissarien auch seine Echtheit prüfen lassen müssen, und manches Erkenntniß nach dieser Richtung hin verschuldet.

Die **definitive Fürsorge** sichert dem Hülfsbedürftigen innerhalb eines **Orts-Armenverbandes** der Erwerb des **Unterstützungs-Wohnsitzes**; dieser erfolgt durch

1. Aufenthalt,
2. Verehelichung,
3. Abstammung.

Andere Erwerbsarten statuirt das Gesetz nicht. Die Anstellung, die Aufnahme in eine Gemeinde, die ausdrückliche Verleihung des Unterstützungs-Wohnsitzes begründen namentlich einen solchen nicht. (§. 9 B.-G.)

Der Aufenthalt (§. 10 B.-G.) muß während einer Frist von 2 Jahren nach erreichtem 24. Lebensjahre ununterbrochen fortgesetzt worden und ein wirthschaftlich dauernder gewesen sein. — Da die Großjährigkeit nicht überall in Deutschland gleichzeitig eintritt, hat man, wohl nicht ohne berechtigten Widerspruch, bei dem 24. Lebensjahre als dem Zeitpunkte des präsumtiven Eintritts der wirthschaftlichen Selbst-

ständigkeit beharren zu müssen geglaubt. Die Bundesrathsvorlage schlug als Erwerbsfrist 5 Jahre, die Kommission des Reichstages 3 Jahre, ein Amendement 1 Jahr vor.

Die Berechtigung des Unterstützungs-Wohnsitzes neben dem Princip der Freizügigkeit vorausgesetzt, so erscheint die angenommene, von jeder Qualifikation des Aufenthaltes glücklicherweise absehende, der s. g. Präsidial-Vorlage vom 16. Februar 1869 entlehnte Frist angemessen gewählt. Sie hält zwischen den in Preußen üblichen Fristen von 1 und 3 Jahren die ausgleichende Mitte und erfüllt auch die soziale Forderung Oppenheim's, (über Armenpflege und Heimathsrecht S. 45.):

„diese Frist soll lang genug sein, um nicht frivoler Ausbeutungs-„lust der Unterstützungsgierigen dienen zu können, und kurz genug „um die Arbeitgeber nicht zu der egoistischen Handlungsweise zu „verleiten, welche die in ihrem Dienste erschöpften Arbeiter deren „Geburtsheimath zur Last wirft.

Der Aufenthalt beginnt mit dem ersten Tage der Anwesenheit. Durch den, wenn auch freiwilligen Eintritt, in eine Kranken-Bewahr- oder Heilanstalt, wird indessen der Lauf der Erwerbsfrist nicht begonnen.

Von der praktischen Berechtigung der Bestimmung des §. 11 B.-G., daß dort, wo für ländliches und städtisches Gesinde und Arbeitsleute der Wechsel des Wohnorts zu bestimmten, durch Gesetz oder ortsübliches Herkommen festgesetzten Terminen stattfindet, der übliche Umzugstermin vermuthungsweise als Anfang des Anfenthaltes gelten soll, es sei denn, daß die Gegenpartei beweisen kann, daß zwischen diesem Termine und dem Tage, an welchem der Aufenthalt wirklich beginnt, ein mehr als 7tägiger Zeitraum gelegen hat, — habe ich mich trotz der allseitigen warmen, Befürwortung im Reichstage nicht überzeugen können. Die Frist von 7 Tagen ist im Verhältniß zu 2 Jahren eine so winzige, eine so geringe, daß sich um ihretwillen eine Spezialbestimmung um so weniger lohnt, als schließlich Zweifel darüber, ob der Anzug vor oder nach dem 7. Tage erfolgt ist, entstehen und, wenn sie releviren, umständliche Recherchen nothwendig machen können.

Beginnt der Aufenthalt unter Umständen, durch welche die freie Selbstbestimmung bei der Wahl des Aufenthaltsortes ausgeschlossen erscheint, (z. B. durch Haft, Ableistung der allgemeinen Militairpflicht, nicht aber durch Versetzung eines Geistlichen, eines Lehrers, eines öffentlichen oder Privatbeamten, den Dienst im Bundesheere oder Marine, falls er nicht blos zur Erfüllung der allgemeinen Militairpflicht dient) so wird der Anfang der 2jährigen Frist von dem Tage ab gerechnet, an welchem diese Umstände zu wirken aufgehört haben. (§. 12.

26 B.-G.) Nach Beginn des Aufenthalts begründen derartige, die freie Selbstbestimmung ausschließende, Gründe ein Ruhen des 2jährigen Fristenlaufs, ebenso wie dies durch jede öffentliche Unterstützung geschieht.

Nicht ein bloßes Ruhen, sondern eine vollständige Unterbrechung der Frist bewirkt ein in Gemäßheit des §. 5. Gesetz vom 1. November 1867 gestellter, innerhalb 2 Monate verfolgter und nicht erfolglos gebliebener Antrag auf Anerkennung der Uebernahme eines Hülfsbedürftigen (§. 14 B.-G.)

Dagegen gelten freiwillige vorübergehende Entfernungen, die unter Umständen unternommen werden, welche für die Beibehaltung des Wohnorts sprechen, nicht als Fristunterbrechungen. (§. 13 B.-G.) Eine Abweichung von diesen Grundsätzen bewirkt, wie nach Altpreußischem Rechte die Verehelichung. (§. 15—17 des B.-G.)

Die Frau theilt nämlich vom Tage der Eheschließung das Armendomizil des Ehemannes und dessen Land-Armen-Qualität. — Diesen Unterstützungs-Wohnsitz behalten Wittwen und separirte Frauen nach Auflösung der Ehe so lange, bis sie ihn nicht, wie alle andere, rechtlich unabhängige, Personen verloren, oder bis sie nicht einen neuen anderweitig und selbstständig erworben haben.

Als selbstständig gilt die Ehefrau bei Erwerbung des Unterstützungs-Wohnsitzes

1. während der Zeit, in welcher sie vom Manne böswillig verlassen gewesen ist
2. wenn sie getrennt von ihm lebt und ohne dessen Beihülfe ihren Unterhalt findet, so lange er
   a) sich in Haft befindet
   b) er ihr das Getrenntleben gestattet,
   c) sie gesetzlich zur Separirung befugt ist. (Vgl. Rocholl's System des Preußischen Armenpflege-Rechts S. 72.)

Vermöge der Abstammung (18—21 a. a. O.) folgen eheliche Kinder und den ehelichen gleichstehende, also an Kindesstatt angenommene und legitimirte, dem Unterstützungs-Wohnsitz des Vaters; falls aber die Mutter in Bezug auf den Erwerb des Unterstützungs-Wohnsitzes selbstständig ist und sie in deren Hausstand leben, theilen sie ebenso wie nach dem Tode des Vaters das Hilfsdomizil der Mutter, allerdings nur so lange, bis sie es nicht nach den für Personen sui juris maßgebenden Bestimmungen verloren oder einen anderen Unterstützungs-Wohnsitz selbstständig erworben haben.

Bei der Scheidung der Ehe sollen sie den Unterstützungs-Wohnsitz der Mutter theilen, wenn ihr die Erziehung zusteht, also vom Vor-

mundschaftsrichter übertragen ist. (Roenne's Ergänzungen 4. Aufl. II. S. 139). — Es ist somit das alte Recht aufrecht erhalten und das Unpraktische der früheren Bestimmungen (Rocholl a. a. O. S. 68.) leider nicht anerkannt.

Uneheliche Kinder folgen dem Unterstützungs-Wohnsitz der Mutter.

Die Bestimmungen über den Verlust des Unterstützungswohnsitzes korrespondiren mit den Vorschriften des Erwerbes und konstituiren die Gleichheit der, dem Vertrags-Rechte entzogenen Verlust- und Erwerbsfristen durch die Bestimmung, daß durch 2jährige ununterbrochene Abwesenheit nach zurückgelegtem 24. Lebensjahre der Unterstützungs-Wohnsitz verloren geht. Dieselben Umstände, welche den Erwerb des Unterstützungs-Wohnsitzes aufhalten, verzögern auch bei Berechnung der Abwesenheit den Verlust. Da indessen Niemand einen doppelten Unterstützungs-Wohnsitz haben kann, so begründet der Erwerb eines neuen natürlich den Verlust des alten. (§. 22. ff. B.-G.)

Diejenigen Deutschen, welche am 30. Juni 1871 innerhalb eines Orts-Armenverbandes Heimathsrechte oder ein Hülfsdomizil, wenn auch unter veränderten Umständen, bereits erworben haben, besitzen am 1. Juli an demselben Orte den Unterstützungs-Wohnsitz nach Maßgabe der neuen Gesetzgebung.

Für diejenigen, welche bis zum 30. Juni 1870 an einem Orte weder Heimathsrechte noch ein Armendomizil erworben haben, gelten folgende Uebergangsbestimmungen.

Wo bisher durch den bloßen Aufenthalt ein Unterstützungs-Wohnsitz oder Heimathsrechte überhaupt gar nicht erworben werden, und durch bloße Abwesenheit nicht verloren gehen konnten, also in Landestheilen der Geburtsheimath, beginnt der Lauf der 2jährigen Erwerbs oder Verlustfrist mit dem 1. Juli 1871. -- Ein Gleiches gilt für den Fall, wenn mit dem Aufenthalte eine besondere Qualifikation verbunden sein mußte, um ihn nach einer bestimmten Dauer den Unterstützungs-Wohnsitz begründen zu lassen.

Ist die Frist nach den früheren Gesetzen die gleiche oder eine längere, so kommt bei Berechnung der normirten Frist die vor dem 1. Juli 1871 abgelaufene Zeit in Anrechnung. Wenn also die frühere Frist eine 3jährige war, und mehr als 2 Jahr seit dem Beginn des Aufenthalts verflossen sind, so ist am 1. Juli 1871 der Unterstützungs-Wohnsitz erworben.

Ist die Frist nach den früheren Gesetzen eine kürzere, und vor dem 1. Juli noch nicht abgelaufen, so bedarf es der 2jährigen Frist unter Anrechnung der vor dem 1. Juli abgelaufenen Zeit. (§. 65 B.-G.)

Die Ausnahmebestimmung des Art. V. der Novelle vom 21. Mai 1855

daß, unabhängig von dem Unterstützungs-Wohnsitze, die Orts-Armenverbände des Dienstortes die Krankenpflege derjenigen Personen, welche im Gesindedienste stehen, der Gesellen, Gewerbegehülfen und Lehrlinge zu besorgen haben, falls diese Personen am Orte des Dienstverhältnisses erkranken

ist trotz des beredten Widerspruchs einiger Hannöverscher Abgeordneten und der von ihnen vorgebrachten sachlichen und prinzipiellen Bedenken rezipirt (§. 29 B.-G.) und nur die Pflegefrist auf 6 Wochen abgekürzt worden. 7 Tage vor Ablauf der Frist muß dem fürsorgepflichtigen Armenverbande Nachricht gegeben werden, widrigenfalls die Erstattung erst vom 8. Tage nach Eingang der Benachrichtigung gefordert werden kann. (§. 29 B.-G.)

Die definitive Fürsorge des Land-Armenverbandes ist insoweit eine direkte, als sie alle sog. Landarmen umfaßt, d. h. diejenigen, welche ihren früheren Unterstützungs-Wohnsitz verloren und einen neuen nicht erworben haben. Für diese Personen muß derjenige Land-Armenverband sorgen, in dessen Bezirk die Hülfslosigkeit eintritt. Der Ersatzanspruch des Armenverbandes, welcher die vorläufige Fürsorge übernommen hat, ist durch den Nachweis der Heimathslosigkeit bedingt, ein Nachweis, dessen Schwierigkeit bei gewohnheitsmäßigen Landfahrern auf der Hand liegt. Die Unmöglichkeit, die Heimathsverhältnisse „unbekannter Leichen," von Findlingen unermittelter Eltern festzustellen, verwandelt, wohl gegen die Intentionen des Gesetzes, die vorläufige Fürsorge der Ortsarmenverbände in eine definitive, und bürdet ihnen einen Theil der Armenlast auf, die sie nach den Gesetzen definitiv zu tragen nicht verpflichtet sind. — Die im §. 15. Gesetz vom 31. Dezember 1842 ausgesprochene Befugniß sie dem vorläufig zur Unterstützung verpflichteten Orts-Armenverbande gegen Entschädigung zu überweisen, ist beibehalten. Bei Leuten, welche nach Entlassung aus einer Kranken-, Straf- und Bewahranstalt hülflos werden, tritt derjenige Land-Armenverband ein, aus dessem Bezirk sie in die Anstalt eingeliefert worden sind. (§. 5 ff. B.-G.) Die in seinem Bezirk festgenommenen, gemäß §. 361, 3. 4. 5. 7. 8. und 362 St.-G.-B. zur Korrektions-Nachhaft designirten Landstreicher, Bettler und Arbeitsscheuen muß er in die Arbeitshäuser unterbringen und mit Ausschluß etwaiger bisher bestandener Rückgriffs-Ansprüche die Kosten der Verpflegung in der Anstalt, der bei ihrer Entlassung unentbehrlichen Bekleidung event. der Beerdigung, soweit sie nicht aus dem Arbeitsverdienst getragen werden, bestreiten. Die Kosten des Transportes aus dem Gerichts-Gefängniß in das Arbeitshaus trägt der Staat (§. 8.

A.=G.). Darüber, wer die Kosten für eine Kur trägt, welche nach Entlassung aus dem Gefängniß und vor Einbringung in die Korrektions-Anstalt nöthig wird, schweigt das Gesetz. Mir scheint es unzweifelhaft, daß sie als Kosten des aufgehaltenen oder vielmehr erschwerten Transportes dem Staate gleichfalls zufallen müssen. Die den Land-Armenverbänden der Kurmark und Neumark bisher obliegende Verpflichtung die Kosten der erkannten Freiheitsstrafen gegen Landstreicher, Bettler, Arbeitsscheue, unzüchtige Weiber, eine Zeitlang zu tragen ist beseitigt (39 A.=G.).

Die beihelfende Pflicht der Land-Armen-Verbände ist in Gemäßheit der §§. 14. 16 A.=G. vom 31. Dezember 1842 dahin beibehalten, daß sie Orts-Arme in die Land-Armenhäuser aufzunehmen verpflichtet und denjenigen, ihrem Bezirke angehörigen Orts-Armenverbänden eine, von der später zu erwähnenden Deputation für Heimathswesen, zu fixirende Subvention zu gewähren verbunden sind, welche den ihnen obliegenden, anerkannten und judicatmäßig auferlegten Verpflichtungen zu genügen außer Stande sind.

Auch die Befugniß der Land-Armenverbände, die Kosten der öffentlichen Armen-Pflege, welche die Fürsorge für Geisteskranke, Idioten, Taubstummen, Sieche und Blinde verursacht, unmittelbar zu übernehmen, ist beibehalten. — Kreise oder Armenverbände indessen, welche für einen der unmittelbar zu übernehmenden Zweige bis dahin in einer von der vorgesetzten politischen Behörde als ausreichend erkannten Weise gesorgt haben, können nicht gegen ihren Willen gezwungen werden, an den betreffenden Einrichtungen des Land-Armenverbandes Theil zu nehmen, oder zu den Kosten beizutragen. Die auf besonderen gesetzlichen Bestimmungen oder Titeln beruhenden Verpflichtungen der einzelnen Land-Armenverbände, so wie die vorläufige Fürsorgepflicht der Orts-Armenverbände wird dadurch nicht geändert.

Orts- und Land-Armenverbände theilen sich auch in die Unterstützung der Ausländer, da diese, so lange ihnen der Aufenthalt in dem Inlande gestattet ist, vollständig dem Inländer gleichen sollen. (§. 59 A.=G.) — Die bisherige, in letzterer Zeit durch das Erkenntniß des Ober-Tribunals vom 2. März 1864 (Rocholl a. a. O. S. 319.) m. E. mit Recht angegriffene, Praxis ist hiernach in liberaler Weise kodifizirt. Wenn ein aus dem Auslande auf Verlangen der ausländischen Behörden in das Inland aufgenommener Heimathsloser binnen 7 Tagen der öffentlichen Unterstützung anheimfällt, so fällt die Fürsorge für denselben demjenigen Land-Armenverbande zur Last, innerhalb dessen der Hülfsbedürftige seinen letzten Unterstützungswohnsitz gehabt hat.

Läßt sich dieser nicht ermitteln, so ist derjenige Land-Armenverband zur Tragung der Kosten verpflichtet, innerhalb dessen die Hülfsbedürftigkeit hervorgetreten ist (§. 33. B.-G. §. 37 A.-G.); daß diese Schlußbestimmung nicht generalisirt, sondern die Bestimmung des Art. II. Gesetz vom 21. Mai 1855 konservirt worden ist, ist kaum zu billigen. Die Furcht, daß die Land-Armenverbände zunächst den Grenzen allzusehr belastet werden könnten, ist, soweit ich es übersehe, wohl eine unbegründete und kaum geeignet, ein Abweichen vom allgemeinen Prinzip zu rechtfertigen.

Die völkerrechtlichen Verpflichtungen ausländischer Staaten oder ihrer Angehörigen zur Kostenerstattung und zur Uebernahme Hülfsbedürftiger sind durch diese territorialen Gesetze in keiner Weise alterirt worden, wie dies der Erwähnung kaum bedarf.

Eine direkte Unterstützungspflicht des Staates ist nicht statuirt; für die Fälle, welche das Bundesgesetz der Sorge der einzelnen Staaten überließ, hat Preußen ausdrückliche Bestimmungen getroffen, sich die Land-Armen-verbände substituirt und nur für das Jahdegebiet die Funktionen des Land-Armenverbandes selbst übernommen. Dagegen sind die in einzelnen Landestheilen bestehenden Verpflichtungen des Staates zur Bestreitung der Kosten für einzelne Theile der Armenpflege aufgehoben worden, soweit sie nicht auf besonderen Rechtstiteln beruhen. (§. 33 A.-G.) Berührt ist dadurch der §. 16 Nr. 2 des Nassauischen Gesetzes vom 18. Dezember 1848, nach welchem die Staatskasse einen Beitrag zum Zentral-Waisenfonds zu zahlen hat. Ausdrücklich aufgehoben ist auch die Bestimmung des Ausschreibens des vormaligen Kurhessischen Staatsministeriums vom 15. Oktober 1822, wonach die Kosten des Unterhalts von elternlosen unvermögenden Kindern zu einem Drittel aus der Staatskasse, zu einem Drittel aus der Gemeindekasse, zu einem Drittel aus dem Kirchenkasten oder nach Befinden aus den milden Stiftungen oder Armenkassen bestritten werden. Da diese Verpflichtung der Staatskasse durch §. 1 Nr. 5 des Gesetzes über den Kurhessischen Staatsschatz vom 25. März 1869 den Kommunalständen des Regierungsbezirks Kassel übertragen worden ist, so ist auch die Aufhebung dieser Bestimmung ausgesprochen worden.

Die Betheiligung des Staates an der Armenpflege besteht hauptsächlich nur in seiner Oberaufsicht. Es steht ihm nach Maßgabe der Gemeindegesetze die Kontrole über die Orts-Armenverbände und die richtige Verwendung der zu Armenzwecken verwendeten Mittel zu. (39 A.-G.) Andererseits sind auch seine Organe verpflichtet, innerhalb ihres

Geschäftskreises den Requisitionen der Armenverbände behufs der für die Armengesetze erforderlichen Ermittelungen behülflich zu sein. (§. 63 B.-G.)

Seine wesentlichste Mitwirkung zeigt sich bei dem **Verfahren**, das eine vollständige Umwandlung erlitten und im Wesentlichen die, für den Zweck meist zu komplizirten, Formen des Preußischen summarischen Prozesses angenommen hat. Dasselbe erfordert, als ganz verändert, eine etwas ausführlichere Darstellung. — Mit Uebernahme der vorläufigen Fürsorge entsteht für jeden Orts-Armenverband die Pflicht auf:

1. vollständige Vernehmung des Unterstützten über Heimath-, Familien- und Aufenthaltsverhältnisse,
2. Anmeldung der Erstattungs-Ansprüche an den vermeintlich verpflichteten Armenverband binnen einer Verjährungsfrist von 6 Monaten, und falls ein Armenverband nicht zu ermitteln ist, an die vorgesetzte zuständige Behörde des betheiligten Armenverbandes, also den Landrath oder die Bezirksregierung.

Der Benachrichtigung ist für den Fall, daß in Gemäßheit des §. 5 des Freizügigkeitsgesetzes vom 6. Juni 1870 die Fortsetzung des Aufenthalts untersagt werden soll, die Mittheilung dieser Absicht beizufügen. Wenn die Unterstützung aus anderen Gründen, als wegen einer nur vorübergehenden Arbeitsunfähigkeit nothwendig gemacht worden ist, so ist der verpflichtete Orts-Armenverband verbunden, auf Verlangen die Naturalfürsorge zu übernehmen. Andererseits ist er jederzeit berechtigt, die Ueberführung des Hülfsbedürftigen in seine unmittelbare Fürsorge unter Uebernahme der Transportkosten zu verlangen, falls dieselbe überhaupt ausführbar ist. Die mora des vorläufig zur Unterstützung Verpflichteten hat den Verlust des Erstattungsanspruches für die Dauer der Säumniß zur Folge.

Das Ausbleiben einer zustimmenden Erklärung Seitens des benachrichtigten Armenverbandes binnen 14 Tagen schafft die Vermuthung, daß die Fürsorgepflicht nicht anerkannt wird. Diese stillschweigende Ablehnung giebt ebenso wie die ausdrückliche dem Armenverband das Recht auf Verfolgung seines Anspruches, da jeder Armenverband für seine ihm nach dem Gesetze zustehenden Ansprüche ein unmittelbares, selbstständiges Klagerecht hat. (§. 36 B.-G.) Nach dem Bundesgesetze müssen Streitigkeiten von außerpreußischen Verbänden gegen preußische durch eine Spruchbehörde erledigt werden. In Konsequenz dieser Bestimmung hat das A.-G. allgemein Spruchbehörden organisirt, welche in kontradiktorischem Verfahren erkennen; alle Streitigkeiten, welche gegen einen Preußischen Armenverband von einem, dem Geltungs-

bereiche des Bundesgesetzes angehörigen, Armenverband erhoben werden, sind nämlich vor ein ständiges Kollegium, Deputation für Heimathswesen (38—51 B.-G., §§. 45—58 A.-G.) verwiesen. Nach der Verordnung vom 22. April 1871 sind 14 Deputationen errichtet und zwar in Königsberg, Marienwerder, Berlin, Stettin, Posen, Breslau, Merseburg, Schleswig, Hannover, Münster, Kassel, Wiesbaden, Köln, Siegmaringen. Sie bestehen aus einem richterlichen und einem Verwaltungsbeamten, welche vom Könige aus der Zahl der etatsmäßigen Mitglieder eines am Sitze der Deputation befindlichen Gerichtskollegiums, beziehungsweise aus der Zahl der am Sitze der Deputation fungirenden etatsmäßigen Mitglieder der Regierung, des Polizeipräsidiums zu Berlin, der Landdrosteien oder der Oberpräsidialräthe für die Dauer ihres Hauptamtes unter Gewährung einer Besoldung nebenamtlich ernannt werden und aus drei von der Provinzialvertretung aus den Angehörigen des Sprengels der Deputation für die Zeit von 3 Jahren gewählten für ihre baaren Auslagen zu entschädigenden Mitgliedern. Jedes Mitglied hat einen Stellvertreter; den Vorsitzenden und dessen Stellvertreter ernennt der König aus der Zahl der Mitglieder.

Die ständigen Mitglieder sind den richterlichen, die gewählten gar keinem Disziplinarverfahren unterworfen, sämmtlich indeß für ihre Entscheidungen nach den für richterliche Beamte bestehenden Grundsätzen verantwortlich.

Die Anwesenheit von 3 Mitgliedern einschließlich der beiden ernannten Beamten genügt für die Beschlußfähigkeit. Bei einer Anwesenheit von 4 Mitgliedern hat das dem Lebensalter nach jüngste keine beschließende Stimme.

Zur Entscheidung kompetent ist diejenige Deputation, zu deren Sprengel der in Anspruch genommene Armenverband gehört. Bei dieser muß die Klageschrift eingereicht werden, und diese die genaue Bezeichnung des Provokaten und ein präzisirtes Petitum enthalten. Dieselbe wird dem in Anspruch genommenen Armenverbande zur Beantwortung binnen 4 Wochen unter dem Präjudiz mitgetheilt, daß beim Ausbleiben einer Erklärung die gegnerischerseits behaupteten Thatsachen und überreichten Urkunden für zugestanden und anerkannt erachtet werden müssen. Die Gegenerklärung wird dem klagenden Armenverband gleichfalls zur Beantwortung binnen 14 Tagen unter derselben Warnung mitgetheilt und diese Beantwortung dem Gegner „zur Kenntnißnahme" zugefertigt. Die anscheinend etwas kurzen Fristen können auf Antrag verlängert werden. Die als Beweisstücke dienenden Urkunden sind im Original oder in Abschrift den Schriftsätzen beizufügen und diese in duplo ein-

zureichen. Die für den Bagatellprozeß theilweise beseitigten Formen sind für alle Armenpflegesachen, die zum großen Theile Bagatellobjecte betreffen, wieder eingeführt.

Die Deputation ist befugt, den angetretenen Beweis in vollem Umfange entweder selbst in der Audienz, oder durch eines ihrer Mitglieder, oder endlich durch Requisition von Behörden zu erheben.

Die Beweisverhandlungen sind nach Ladung der Parteien in denjenigen Formen aufzunehmen, welche in dem Staate, in welchem sie bewirkt werden, maßgebend sind, in Preußen also unter Zuziehung eines vereideten Protokollführers.

Die Deputation trifft ihre Entscheidung nicht nach formellen Beweisregeln, sondern nach moralischer Ueberzeugung in öffentlicher unter Theilnahme eines vereideten Protokollführers abgehaltener Sitzung nach Anhörung der Parteien, welche unter der Verwarnung, daß nach Lage der Akten beschlossen werden wird, geladen werden, sich vertreten lassen und neue Thatsachen und Beweismittel nur insoweit anführen dürfen, als ihnen bei der verspäteten Vorführung kein schuldbares Versehen zur Last fällt.

Da die Deputation ein öffentlicher Gerichtshof ist, so spricht sie ihre Urtheile:

Im Namen des Königs!

Die Entscheidung muß, falls nicht etwa auf Ergänzung der Beweisaufnahme resolvirt wird, auf Verurtheilung oder Abweisung lauten, schriftlich abgefaßt und mit Gründen versehen sein.

Neben den baaren Auslagen und den Gebühren für Zeugen und Sachverständige wird ein durch die Deputation zu arbitrirendes Pauschquantum bis 20 Thlr. an Kosten vom unterliegenden Theile erhoben. Für die Feststellung desselben, insbesondere für eine gleichmäßige Normirung durch sämmtliche Deputationen fehlt es an jeder Grundlage und an jedem Anhalt. Derselbe kann nur in den Gerichtskosten-Tarifen gesucht werden, falls nicht doch noch eine besondere Instruction für nöthig erachtet werden sollte. Das Verfahren ist stempelfrei.

In Streitsachen, bei welchen es sich um die Organisation oder die örtliche Abgrenzung der einzelnen Verbände handelt, ist ein Rechtsmittel gegen die Erkenntnisse der Deputation für Heimathswesen ausgeschlossen. In allen übrigen Fällen findet ohne jede Rücksicht auf das Klageobjekt die Berufung an das Bundesamt für Heimathswesen statt. (§. 42 B.-G.)

Es ist dies ein Verwaltungsgerichtshof mit dem Sitze in Berlin, bestehend aus: einem Vorsitzenden und 4 Mitgliedern, welche auf Vor-

schlag des Bundesrathes vom Bundespräsidium auf Lebenszeit ernannt werden und von denen der Vorsitzende und mindestens die Hälfte der Mitglieder die Qualifikation zum höheren Richteramte im Staate ihrer Angehörigkeit besitzen müssen. Bezüglich der Rechtsverhältnisse stehen sie im Wesentlichen den Mitgliedern des obersten Handelsgerichtshofes gleich. (§§. 23—26 Ges. v. 12. Juni 1869.)

Die Berufung an das Bundesamt ist binnen 14 Tagen vom Tage der Urtelsbehändigung bei derjenigen Deputation, gegen deren Urtheil sie gerichtet ist, anzubringen und gleichzeitig oder in 4 Wochen bei derselben zu rechtfertigen. Letztere hat das Duplikat der Gegenpartei zur Erklärung binnen 4 Wochen zuzufertigen und nach Ablauf dieser Frist ihre Akten nebst sämmtlichen Verhandlungen dem Bundesamte zum Spruch zu übermitteln, welches vor Fällung desselben etwaige zur Aufklärung der Sache und des Rechtsverhältnisses erforderliche Thatsachen durch Vermittelung der Deputation eruiren lassen kann.

Die Abfassung des Erkenntnisses erfordert die Theilnahme dreier Mitglieder, von denen mindestens einer die juristische Qualifikation haben muß. Ist die Zahl der Mitwirkenden eine gerade, so hat das der Anciennität event. das dem Lebensalter nach jüngste Mitglied keine beschließende Stimme. Die Entscheidung erfolgt, abweichend von dem Urtel erster Instanz, gebührenfrei, in öffentlicher Sitzung, nach Ladung und Anhörung der Parteien. Das Erkenntniß wird schriftlich mit Gründen abgefaßt und den Parteien durch diejenige Deputation behändigt, welche in erster Instanz erkannt hat.

Ein weiteres Rechtsmittel findet nicht statt; es ist namentlich der Rechtsweg bei Streitigkeiten zwischen Armenverbänden ausgeschlossen.

In allen Streitigkeiten zwischen Preußischen Armen-Verbänden ist die in einer Instanz unterliegende Partei verpflichtet, der Gegenpartei die ihr in der Berufsinstanz entstandenen baaren Auslagen so wie die Gebühren der sie in den Audienzen der Deputation und des Bundesamtes vertretenden Rechtsverständigen zu erstatten. Ist ein Orts-Armenverband zur Zahlung und Erstattung der ihm endgültig auferlegten Kosten und Gebühren ganz oder theilweise außer Stande, so bleiben etwaige Kosten außer Ansatz; die baaren Auslagen und Gebühren aber muß der Land-Armenverband im Wege der Beihülfe erstatten. (§. 58 A.-G.)

Die Exekution (§. 33 B.-G. 59 A.-G.) wird auf Antrag und auf Grund der zu überreichenden Urkunden von der Deputation, welche den Spruch gefällt hat, nicht blos

1. auf Grund einer endgültigen Entscheidung,

2. auf Grund eines Anerkenntnisses,

sondern auch schon

3. auf Grund eines Urtels der Deputation für Heimathswesen, da die Berufung gegen dasselbe nur devolutiven Effekt hat,

vollstreckt. Wird in dem letzteren Falle nach vollstreckter Exekution der 1. Spruch abgeändert, so hat diejenige Deputation, von welcher der Exekutionssuchende Armenverband ressortirt, die erforderlichen Anordnungen zu treffen um die Exekution und deren Folgen zu redressiren.

Ist ein verurtheilter Armenverband ganz oder theilweise zahlungsunfähig und bescheinigt er dies durch ein Attest der ihm vorgesetzten politischen Behörde, so muß der Land-Armenverband beihelfend für die Erstattung eintreten.

Ueber die Exekution einer auf Ausweisung eines Hülfsbedürftigen lautenden Entscheidung sind einzelne Spezialbestimmungen zu erwähnen. Die Ausweisung soll nämlich für den Fall unterbleiben, wenn der fürsorgepflichtige und der unterstützende Armenverband sich über das Verbleiben der auszuweisenden Person oder dessen Familie in ihrem bisherigen Aufenthaltsorte gegen Gewährung eines bestimmten Unterstützungsbeitrages vereinigen. Die Deputationen haben auf Antrag eines der betheiligten Armenverbände derartige Einigungen nach Thunlichkeit zu vermitteln, „da die Ausweisung ein nothwendiges Uebel und überall da zu vermeiden ist, wo sich die widerstreitenden Interessen der interessirten Armenverbände durch ein Kompromiß vereinigen lassen." Der Inhalt einer solchen Einigung ist urkundlich in Form eines Anerkenntnisses festzustellen; aus letzterem ist die Exekution zulässig. Neben der Einigung, schließen in der Person des Auszuweisenden liegende Menschlichkeitsgründe die Ausweisung aus. Dieselbe soll nämlich unterbleiben:

a. wenn mit ihr Gefahr für Leben oder Gesundheit des Auszuweisenden oder seiner Angehörigen verbunden wäre,
b. wenn die Erwerbs- und Arbeits-Unfähigkeit des Auszweisenden durch eine, im Bundes-Kriegsdienst oder bei Gelegenheit einer That persönlicher Selbstaufopferung erlittenen Verwundung oder Krankheit herbeigeführt ist,
c. wenn sie mit erheblichen Härten oder Nachtheilen für den Auszuweisenden verbunden sein würde.

Die Entscheidung über das Vorliegen der Ausschließungsgründe und die Festsetzung des von dem fürsorgepflichtigen Armenverbande zur Sicherung des bedrohten Armenverbandes zu zahlenden Unterstützungsbeitrages wird in erster Reihe durch die Deputation für Heimaths-

wesen des Aufenthaltsortes und in letzter Instanz vom Bundes-Amt für Heimathswesen gefällt. Die Frist zur Berufung beträgt 14 Tage. Die Sistirung hört mit dem Wegfall ihrer Prämissen auf. Erfolgt die Ausweisung durch Transport, so fallen die Transportkosten als accessorium der Unterstützung dem verpflichteten Armenverbande zur Last. Die endgültige Entscheidung über die Nothwendigkeit und die Modalitäten des Transports liegen gleichfalls der Deputation des Aufenthaltes ob. (§. 56. 58 B.-G. §. 59 A.-G.)

Es bleibt hier noch eine Vor-Instanz zu erwähnen, welche sich mit den Streitsachen zwischen zwei Armenverbänden befaßt, ehe die Entscheidung der Deputation für Heimathswesen angerufen wird. Die Regierungsvorlage zum Armengesetz hatte eine solche nicht; dieselbe ist aus der Initiative des Herrenhauses hervorgegangen, welches „den Kreisausschuß" schuf, ein Institut, welches, wenn es auch vielleicht über das Bedürfniß hinausging, besser gedacht als benannt, nach meinen Erfahrungen manche unnütze Streitigkeiten im Keime erstickt hätte. Der Kreisausschuß sollte nämlich nur bei Streitigkeiten zwischen Armenverbänden desselben Kreises die erste nicht endgültige Entscheidung fällen und aus dem Landrath, welcher zugleich den Vorsitz führen, und 4 von dem Kreistage zu wählenden Kreisangehörigen, von denen einer die Qualifikation zum Richteramte haben sollte, bestehen, also durch Personen gebildet sein, welche mit einem gewissen Vertrauen der Kreisangehörigen ausgestattet, durch dasselbe eine nicht zu unterschätzende Autorität gehabt hätten. Dieses Projekt fand indeß die Billigung des Abgeordnetenhauses nicht; es wurde eine Kreiskommission geschaffen, welche in allen Streitigkeiten, in denen ein Orts-Armenverband von einem anderen Armenverbande in Anspruch genommen wird, auf Antrag beider streitenden Theile die endgültige, im administrativen Wege vollstreckbare schiedsrichterliche Entscheidung treffen, und auf Antrag eines Theils einem gütlichen Sühneversuch sich unterziehen muß.

Sie besteht aus dem Landrath oder dessen Stellvertreter und 2 von dem Kreistage auf 3 Jahr gewählten Mitgliedern, die das Amt als Ehrenamt bekleiden und deren etwaige Auslagen der Kreis zu tragen hat. (Resc. v. 17. Octbr. 1871, M.-Bl. f. innere Verwaltung S. 294.)

In Städten, welche einen eigenen Kreisverband bilden, werden die Mitglieder, ähnlich wie in Posen, der Rheinprovinz und Westphalen die Deputirten zum Kreistage, von dem, zu einem Wahlkollegium vereinigten, Gemeindevorstand und der Gemeindevertretung aus der Zahl der Gemeindeangehörigen gewählt.

Wer in den städtischen Kommissionen den Vorsitz führen soll, ist

nicht weiter gesagt. Daß es der erste Bürgermeister thun muß, ist nur von einem Kreise angezweifelt und dieser Zweifel noch besonders durch Resc. v. 21. Juni 1871. (ibid. S. 168) zurückgewiesen worden. Der Bürgermeister ist aber Repräsentant des Orts-Armenverbandes und somit Partei in jedem gegen denselben erhobenen Streite. Daß dieser Umstand die, meines Erachtens kaum lebensfähigen, Institute für die Stadtkreise überflüssig macht, ist nicht erst zu beweisen. Eins haben die Kommissionen für sich, daß nur baare Auslagen vergütet werden, und die Entscheidung selbst nichts kostet. Aus dieser Thatsache nimmt auch die Instruktion vom 10. April 1871 Veranlassung, den Behörden zu empfehlen, daß die sich erhebenden Streitigkeiten durch Anrufen der Kommissionen zur Erledigung gebracht werden. Das Verfahren in den Kommissionen schließt im Wesentlichen den vor den Deputationen vorgeschriebenen sich an. (§§. 60. 61. 62. A.-G.) Daß „die Furcht vor den Advokaten" bei der Kreirung dieses vom Abgeordneten Döring wegen seiner schiedsmännischen und schiedsrichterlichen Doppelnatur als „juristische Mißgeburt" bezeichneten Instituts, mitgewirkt, könnte man aus der nachstehenden Bemerkung des Referenten von Rauchhaupt in der Sitzung des Abgeordnetenhauses vom 13. Februar 1870 schließen:

> „die Absicht geht dahin dem Verklagten oder dem Kläger die Möglichkeit zu geben, sich bei dem Kreisausschuß über die rechtliche Seite vollständig zu informiren. Wir haben gewollt, daß der Kläger oder Verklagte nicht nöthig habe, dem Rechtsanwalte in die Hände zu fallen, sondern daß er zum Ausschuß gehe, und sich die Sache klar machen lasse."

Die Erstattung bereits verausgabter Unterstützungskosten kann von Verwandten und sonstigen Erstattungspflichtigen (von den Armenverbänden abgesehen) nur im gerichtlichen Verfahren gefordert werden.

Das bisherige Verfahren im Verwaltungs- wie im Rechtswege kommt nur noch für alle diejenigen Streitigkeiten zur Anwendung, welche vor dem 1. Juli 1871 anhängig gemacht worden sind, ohne Unterschied, ob für die Entscheidung das alte oder das neue Recht zur Anwendung kommt. Das alte Recht wird aber nach dem 1. Juli nur insoweit in Frage kommen können, als es sich um Feststellung des Unterstützungs-Wohnsitzes vor dem 1. Juli 1871 handeln wird (§. 65 B.-G.).

Dem Armen selbst wird formell **ein Recht auf Unterstützung** nicht gewährt. Das neue Recht rezipirt indeß den Grundsatz nur in der vagen Form des §. 33 A.-G. vom 31. Dezember 1842, indem es gleich

diesem bestimmt, daß der Arme einen Anspruch gegen einen Armenverband niemals im Rechtswege, sondern nur bei der Verwaltungsbehörde geltend machen kann, in deren Pflicht es liegt, keine über das Nothdürftige hinausgehenden Ansprüche zuzulassen. Beschwerden gegen Verfügungen der Vorstände des Orts-Armenvereins darüber, ob, in welcher Höhe und in welcher Weise Armen-Unterstützungen zu gewähren sind, folgen dem durch die bestehenden Gesetze angeordneten Instanzenzuge mit der Maßgabe, daß an die Stelle der Bezirksregierung die Deputation für Heimathswesen tritt, welche endgültig entscheidet. (§. 63 A.-G.) Formell gestaltet sich die Sache also dahin, daß die Oberpräsidial- und Ministeral-Instanz fortfällt, und daß an Stelle der Regierung die Deputation als Endinstanz tritt. Diese eine kollegialische Spruchbehörde befindet somit auf die Beschwerden des Hilfesuchenden darüber, ob, in welcher Weise, in welcher Höhe die Armen-Unterstützung zu gewähren. Der Arme kann sonach seinen angeblichen Anspruch verfassungsmäßig vor einem Spruchkollegium verfolgen; ob dasselbe eine Deputation irgend eines Gerichts oder die Deputation für Heimathswesen ist, erscheint gleichgültig. Wenn auf die Klage eines, mit seinem Unterstützungsgesuche zurückgewiesenen Hilfesuchenden, der betheiligte Armenverband zur „Gegenerklärung" aufgefordert, wenn trotz dessen Widerspruches auf Gewährung einer Unterstützung resolvirt, wenn dieser Endbescheid beiden Theilen communicirt wird, so ist der in den Armenkreisen herrschenden Annahme, daß dem Armen ein Recht auf Unterstützung zustehe, trotz alles Bestreitens und Verneinens des Prinzips, die thatsächliche Begründung gegeben und dadurch eine für eine rationelle Armenpflege unheilvolle Maxime auf Jahre conservirt. Die Mißstände unseres Armenpflegewesens, wie sie Rickert in seiner dem volkswirthschaftlichen Kongresse im Jahre 1869 überreichten Darstellung der Armenpflege in Danzig schildert und die sich innerhalb aller größeren Armenverwaltungen wiederholen, sind m. E. nicht, wie Rickert meint, auf die obligatorische und officielle Armenpflege überhaupt, sondern auf den, jede freie Selbstthätigkeit der Gemeinde lähmenden Instanzenzug innerhalb derselben zurückzuführen. Jeder, an der practischen Armenpflege Betheiligte, unterschreibt die Worte von Eras (Vier Zeitfragen. Leipzig, 1870. Seite 124):

> „Die durch geignete Kreis- und Provinzialverbände zweckmäßig unterstützte Kommunalarmen-Pflege würde noch immer vor allen anderen Formen der Armenpflege den Vorzug verdienen. Wenn sie aber in gewünschter Weise, nämlich dahin wirken soll, daß die Gewährung von Unterstützung auf ein Minimum, von be-

sonders dringenden Fällen beschränkt wird, so muß die Kommune oder der von ihr ins Leben gerufene Armenverband unbehelligt von Vorschriften des Staates in der Gewährung oder Ablehnung von Unterstützung ganz selbstständig verfahren können."

Worte, zu welchen die aus der Praxis geschöpfte Bemerkung des Reichstagsabgeordneten v. Salzwedel in der Sitzung des Reichstages vom 14. Mai 1870 eine begründende Ergänzung bildet:

„Zur Beurtheilung darüber ob ein Mann hülfsbedürftig ist, wie lange, in welchem Maaße — gehört das Leben, die lebendige, die persönliche Anschauung. Wenn die Sache erst in das Schreibwerk kommt, wenn erst Behörden nach Lage der Akten darüber zu entscheiden haben, dann sind die eigentlichen Kriterien über das ob? wie? wann? wie lange? schon nicht mehr klar vorhanden."

Ich will von den Zielen dieser Zeilen und den Zwecken dieser Zeitschrift nicht weiter abirren und nicht auf das Für und Wider der Thatsache eingehen, daß nach dieser Richtung die bureaukratische Zwangsjacke nicht etwas gelockert worden ist — ich kann aber mein Bedauern darüber unmöglich unterdrücken, daß man dem humanen Geiste des neunzehnten Jahrhunderts nicht mehr vertraut und dem, im Jahre 1869 publizirten, Badischen Entwurf zum Armengesetz nicht die Bestimmung zu entnehmen, den Muth gehabt hat,

„Ein Rechtsanspruch auf Unterstützung besteht nicht, und es kann weder die Frage der Unterstützungsbedürftigkeit noch die Art der Unterstützung der Entscheidung der Verwaltungsgerichte unterstellt werden."

(Emminghaus „das Armenwesen" S. 405.)

Was die **Organisation der Armenverbände** anlangt, so muß vom 1. Juli ab jedes, auch unbewohnte Grundstück, einem prinzipalverpflichteten Orts-Armenverbande angehören, welcher aus einer oder mehreren Gemeinden oder Gutsbezirken bestehen kann. (§. 4 B.-G.) In der Regel bildet jede Gemeinde für sich einen Orts-Armenverband, innerhalb dessen die Armenpflege von den Gemeindebehörden direkt oder durch denselben untergeordnete, aus Mitgliedern der Gemeindevertretung gebildete und durch andere, nicht blos stimmfähige, Ortseinwohner verstärkte Deputationen verwaltet wird. Und damit in der Armengesetzgebung eines großen Volkes vom Jahre 1871 auch eine Reminiscenz an die kirchliche Armenpflege des Mittelalters nicht fehle, ist die ganz spezielle Ausnahmebestimmung aufgenommen, daß Ortspfarrer oder

deren Stellvertreter, deren Pfarrbezirk über die Grenzen der politischen Gemeinde ihres Wohnorts sich erstreckt, hinsichtlich der in der auswärtigen Gemeinde belegenen Kirchspieltheile, den Ortsbewohnern gleich geachtet werden sollen. Die Verpflichtung zur Theilnahme an der Armenverwaltung der Gemeinde, die Befreiungsgründe und die für den unberechtigten Weigerungsfall festgesetzten Nachtheile, sowie die Bestimmung über das, wohl etwas schwerfällige Verfahren, sind dem §. 74 der Städte-Ordnung für die östlichen Provinzen (vom 30. Mai 1853) und Westphalen (vom 19. März 1856), §. 79 der Städte-Ordnung für die Rhein-Provinz (vom 15. Mai 1856) entsprechend für die Gemeinde-Armenverwaltung generalisirt und nur ärztliche und wundärztliche Praxis nicht als Liberationsgrund angenommen worden, weil es zweckmäßig erschien, Aerzte und Wundärzte zu unbesoldeten Gemeinde-Aemtern mit heranzuziehen. (§§. 4, 5. A.-G.)

Um die Einheitlichkeit in der Verwaltung der öffentlichen Armenpflege möglichst sicher zu stellen, einer Verschleuderung öffentlicher Mittel und der dadurch bedingten Demoralisation der Hülfsbedürftigen thunlichst zu begegnen, ist analog der in den einzelnen Landestheilen bestehenden Bestimmung den Vorstehern von Corporationen und anderen juristischen Personen die Verpflichtung auferlegt, bei Vermeidung einer durch gerichtliche Entscheidung zu statuirenden Geldstrafe bis zu 10 Thlr. den Gemeinden auf deren spezielle Requisition binnen 14 Tagen Auskunft über den Betrag der Unterstützungen zu ertheilen, welche einem Hülfsbedürftigen des Gemeindebezirks aus den unter ihrer Verwaltung stehenden, einem Zwecke der Wohlthätigkeit gewidmeten Fonds gewährt werden. Die Consequenz dieser Bestimmung ist m. E., daß die von Corporationen und anderen juristischen Personen gewährten Unterstützungen bei Abmessung und Gewährung von Almosen zu berücksichtigen und anzurechnen sind.

Den Gemeinden stehen in Beziehung auf die Armenpflege die Gutsbezirke gleich und haben sie, gleich jenen, die Pflichten und Rechte der Ortsarmenbezirke. Für die Verwaltung der öffentlichen Armenpflege sind die Bestimmungen über die Verwaltung der örtlichen Angelegenheiten in den gemeindefreien Bezirken maßgebend. (§. 7 A.-G.)

Die s. g. Gesammtarmenverbände sind Armenverbände, welche durch Vereinigung von Gemeinden und Gutsbezirken gebildet werden. Alle zu denselben vereinigten Gemeinden oder Gutsbezirke gelten in Ansehung der, durch die Armengesetze geregelten, Verhältnisse als eine Einheit. Durch den, die erforderliche Frist fortgesetzten, Aufenthalt wird also beispielsweise der Unterstützungswohnsitz für den gesammten Armen-

bezirk d. h. in allen Gemeinen erworben. Diese Gesammt-Armenverbände, wie sie in Schlesien, Neuvorpommern, Rügen, Hannover existiren, bleiben bestehen, wenn auch durch verfassungsmäßigen, seitens der Königlichen Regierung approbirten, Beschluß oder unter Umständen durch die Königliche Regierung selbst Abänderungen bezüglich der Verwaltung herbeigeführt werden können.

Mangels besonderer statutarischer Bestimmungen soll im Falle, eine, der Zustimmung der Regierung sich erfreuende, Einigung nicht erzielt ist, mittelst eines nach Anhörung der Betheiligten von den Kreistagen zu beschließenden, von der Bezirks-Regierung zu bestätigenden Statuts für den Gesammt-Armen-Verband eine besondere, aus Abgeordneten der Gemeinden und Gutsbezirke zusammengesetzte Vertretung gewählt werden. Die Zahl der von jeder Gemeinde oder jedem Gutsbezirk zu deputirenden Abgeordneten sowie die Zahl der einem Abgeordneten eines Gutsbezirks einzuräumenden Stimmen soll in jedem Fall nach den Beiträgen zu bestimmen sein, welche die Gemeinde oder der Gutsbezirk zu den gesammten Armenkosten beizusteuern hat, mit der Maßgabe indessen daß jede Gemeinde und jeder Gutsbezirk mindestens einen Abgeordneten haben muß.

Die Abgeordneten der Gemeinden, zu welchen der Gemeinde-Vorsteher stets gehören muß, werden auf 3 bis 6 Jahre von der Gemeindevertretung gewählt. Die Vertretung des Gesammt-Armen-Verbandes wählt einen Vorsitzenden und einen Stellvertreter, in der Regel aus ihrer Mitte. In Beziehung auf die Verwaltung hat der Vorsitzende die Rechte eines Gemeinde-Vorstehers, die Vertretung die einer Gemeinde-Vertretung, nach Maßgabe der bestehenden Gemeindegesetze.

Den in der Rheinprovinz und Westphalen ohne Einheitlichkeit in Beziehung auf die Armenpflege bestehenden Kommunalverbänden, den Bürgenmeistereien und Aemtern ist es freigestellt, sich unter Zustimmung des Kreistages als Gesammt-Armen-Verband unter Beobachtung derjenigen Formen zu konstituiren, welche für die Beschlußfassung über die als gemeinschaftlich bereits anerkannten Angelegenheiten vorgeschrieben sind. Ebenso können Gemeinden und Gutsbezirke, welche zu keinem der vorerwähnten Armen-Verbände gehören, sich zu Gesammt-Armen-Verbänden vereinigen oder einem solchen anschließen. Die Wiederauflösung eines Gesammt-Armenverbandes muß in den Formen, welche für die Beschlußfassung über die gemeinschaftlichen Angelegenheiten vorgeschrieben sind, und kann nur mit Genehmigung der Regierung bewirkt werden; sie muß auch ebenso, wie die Errichtung, durch das Amtsblatt publizirt werden. (§. 9 ff. A. G.)

Auf dem Organismus der Gemeinden und Gutsbezirke nicht begründete Armen-Verbände, wie die in der Rheinprovinz bestehenden Armen-Kommissionen, Hospitien-Kommissionen, Armen-Verwaltungen, Pflegeschaftsräthe werden aufgehoben.

Die in Schleswig-Holstein existirenden Armen-Kommunen und Armen-Distrikte, die in Hannover bestehenden konfessionellen Kirchspiel-Bezirke können nicht fortbestehen und müssen deshalb in Orts-Armen-Verbände und Gesammt-Armen-Verbände umgewandelt werden, unter Wahrung aller, den Religionsgesellschaften, Stiftungen und sonstigen juristischen Personen zustehenden, im Rechtswege verfolgbaren Vermögensrechte (§. 9 ff. A.-G.).

Die 64 in den alten Provinzen errichteten Land-Armen-Verbände bleiben unter der bisherigen Verwaltung stehen (§. 5 B.-G. §. 26. 28 A.-G.). Der früher landgräflich hessische Kreis Meisenheim, ist dem Land-Armen-Verbande des Regierungsbezirks Koblenz, die frühere Bairische Enklave Kaulsdorff dem Land-Armen-Verbande der vormals sächsischen Kreise der Regierungsbezirke Magdeburg und Erfurt zugelegt. In den neu gewonnenen Provinzen werden

1. die Provinz Schleswig-Holstein,
2. die Provinz Hannover,
3. der kommunalständische Verband des Regierungsbezirks Cassel,
4. der kommunalständische Verband des Regierungsbezirks Wiesbaden, mit Ausschluß von Frankfurt,
5. die Stadt Frankfurt a. M.,
6. der Regierungsbezirk Sigmaringen

neue Land-Armen-Verbände bilden. Die Grenzen derselben sollen für die Zukunft ohne Zustimmung der Betheiligten nur im Wege der Gesetzgebung, mit deren Einwilligung durch Königliche Verordnung geändert werden können.

Die in einigen Theilen des Regierungsbezirks Kassel bestehenden Verbände für Unterstützungen insuffizienter Gemeinden werden in so weit aufgehoben, als sie nicht gleichzeitig zu anderen Zwecken eingerichtet sind. In denjenigen Städten, welche für sich einen besonderen Land-Armen-Verband bilden, (Königsberg, Berlin, Potsdam, Frankfurt a. O., Frankfurt a. M., Breslau) sind für die Verwaltung des Land-Armen-Wesens die Gemeinde-Verfassungsgesetze maßgebend, in allen anderen Fällen soll die Verwaltung der Land-Armen-Angelegenheiten den betreffenden Kreis- resp. Provinzial- und kommunalständischen Verbänden und deren Organen nach Maßgabe der für die Verbände giltigen Verfassungsgesetze durch Königliche Verordnung übertragen werden.

Die Kosten der Armenpflege werden in den Gemeinden von diesen bestritten. In den Gutsbezirken trägt in der Regel der Gutsbesitzer dieselben allein. Wenn aber nicht alle, den Gutsbezirk ausmachenden, Grundstücke dem Gutsbesitzer gehören und einzelne ganz oder theilweise im Eigenthum Dritter sich befinden, wenn also beispielsweise Grundstücke dem Gutsbezirk zugetheilt oder abverkaufte Parzellen einem anderen Guts- oder Gemeinde-Bezirk nicht einverleibt und deshalb beim Stammgutsbezirk verblieben sind (vergl. §. 6, Gesetz vom 31. Dezember 1842), so hat der Gutsbesitzer das Recht die Heranziehung der Trennstücksbesitzer zu den Kosten der öffentlichen Armenpflege des Gutsbezirks unter Einräumung der Theilnahme an der Verwaltung zu beantragen. Die Aufbringung dieser Kosten ist ebenso wie die Theilnahme an der Verwaltung statutarisch zu regeln. Das Statut wird, wenn sich die Betheiligten nicht einigen, nach Anhörung derselben durch den Kreistag festgestellt und es muß den gesetzlichen Bestimmungen über die Vertheilung der Kommunallasten in den einzelnen Bezirken folgen. Dasselbe unterliegt der Bestätigung der Regierung (§. 8 A.-G.).

In den Gesammt-Armenverbänden erfolgt die Repartition der Kosten der Armenpflege auf die einzelnen Gemeinden nach der vollen Klassen- und Einkommensteuer, aber halben Grund- Gebäude- und Gewerbesteuer. Das Einkommen, welches aus außerhalb des Verbandes belegenem Grundbesitz oder betriebenem Gewerbe fließt, ist außer Berechnung zu lassen, dagegen, dasjenige, welches die außerhalb des Bezirks des Gesammtarmenverbandes wohnenden Personen, einschließlich der juristischen, der Kommandit-Gesellschaften auf Aktien aus dem innerhalb dieses Bezirks belegenen Grundbesitz oder betriebenen Gewerbe beziehen, hinsichtlich der Klassen- und Einkommensteuer besonders zu veranlagen. (§. 10 A.-G.)

In den Land-Armenverbänden werden die zur Erfüllung der Verpflichtungen aufzubringenden Kosten auf die einzelnen Kreise, Amtsverbände, Amtsbezirke, nach Verhältniß der in ihnen aufkommenden direkten Staatssteuern, mit Ausschluß der Hausirsteuer, vertheilt. In den alten Provinzen, wo bereits Land-Armen-Bezirke bestehen, tritt diese Bestimmung erst am 1. Januar 1873 in Kraft, um den Vertretungen die Zeit und Möglichkeit zu geben, sich für die freigestellte Beibehaltung des bisherigen Modus oder für die Einführung einer anderen Aufbringungsweise zu entscheiden. Zu bemerken ist noch, daß der, nach Abzug der Kosten für die Deputation für das Heimathswesen, aus den Einnahmen derselben sich ergebende Ueberschuß dem betreffenden Land-Armenfond zufließt, und wo mehrere Land-Armenverbände betheiligt sind,

unter dieselben nach Maßgabe der in ihnen aufkommenden direkten Staatsabgaben distribuirt wird (§. 27 A.-G.)

Die in Hannover und den ehemals Bairischen Landestheilen bestehenden Verbände zur Bestreitung der Kosten einzelner besonderer Zweige der öffentlichen Armenpflege, der sogenannten außerordentlichen Armenlast, bleiben als solche bestehen (§. 32 A.-G.)

Indem ich zu dem, wider meinen Willen etwas hinausgeschobenen Schlusse eile, bemerke ich in Bezug auf die armenpolizeilichen Bestimmungen, daß nach den §. 65 ff. A.-G., entsprechend den Artikeln VI–IX der Nov. vom 21 Mai 1855, auf den Antrag eines Armen-Verbandes, der einen Hülfsbedürftigen unterstützen muß, der Ehemann, die Ehefrau, die ehelichen Eltern, die uneheliche Mutter, die ehelichen Kinder, das uneheliche Kind in Bezug auf die Mutter zur Erfüllung ihrer gesetzlichen Alimentationspflicht unter Vorbehalt des beiden Theilen zustehenden Rechtsweges im Verwaltungswege angehalten werden können. Die Beschlußfassung steht in erster Reihe dem Landrathe, dem Amtmann resp. Ober-Amtmann, in Städten die einen Kreis für sich bilden, dem Gemeindevorstande zu. Hat der Verpflichtete keinen Wohnsitz, so treten an die Stelle der Behörden des Wohnsitzes die Behörden des Aufenthaltsortes. Gegen die Entscheidung der Verwaltungsbehörde steht innerhalb 10 Tagen nach deren Zustellung sowohl dem in Anspruch genommenen Angehörigen wie dem betheiligten Orts-Armenverbande, der Rekurs an die Deputation für Heimathswesen zu, gegen deren Entscheidung im Verwaltungswege keine Beschwerde zulässig ist. Die Entscheidungen der Verwaltungsbehörden sind so lange vollstreckbar, bis auf den eingelegten Rekurs durch die Deputation für Heimathswesen oder im Wege Rechtens endgültig eine Abänderung erfolgt ist. Im letzteren Falle hat der Armenverband dem in Anspruch genommenen Angehörigen das bis dahin Geleistete, beziehungsweise das zu viel Geleistete, zu erstatten, und ist er hiezu im Weigerungsfalle im Aufsichtswege anzuhalten. Hat jedoch der eine solche Erstattung Fordernde die gerichtliche Klage nicht innerhalb 6 Monaten nach Zustellung des von ihm angefochtenen Beschlusses der Verwaltungsbehörde angebracht, so kann er nur dasjenige zurückfordern, was er für den Zeitraum seit Anbringung der Klage zu viel geleistet hat.

Das immerhin etwas komplizirte, bisher nicht allzuoft gewählte Verfahren, wird für die Zukunft noch viel weniger in Anwendung kommen, da die früher für den Fall der fruchtlosen Exekution den Verwaltungsbehörden zu Gebote stehende Verhängung einer Korrektionshaft ihnen, als dem Prinzip des Straf-Gesetzbuches widersprechend, (§.

361 ff.) entzogen und somit dem Einschreiten gegen mittellose Personen, welche in pflichtvergessener Weise die Ihrigen hülflos im Stiche lassen, — und dieses ist ja die Mehrzahl — die Spitze abgebrochen ist. Man wird also bei solchen Personen nur durch Herbeiführung einer Bestrafung aus §. 361[5]. 362 R.-St.-G.-B. allein einen wirksamen Druck auf sie auszuüben vermögen, da die Korrektionsnachhaft schließlich die ultima ratio bleibt. Wie wenig aber §. 311[5] a. a. O. im Ganzen ausreicht, hat mich eine kurze Erfahrung hinreichend gelehrt. Spiel, Trunk und Müssiggang sind nicht die einzigen Motive, auf Grund welcher fürsorgepflichtige Anverwandte die Ihrigen herzlos im Elend zurücklassen. Wenn ein Mann, der fleißig ist, nicht spielt und trinkt, sich von den Seinigen trennt und seinen Verdienst einer Concubine zuwendet, wenn ein junger, rüstiger Mensch seine Frau, welche er als blinde Almosenempfängerin geheirathet hat, nicht ernähren will, weil er die Gemeinde hierzu für alle Zeit für verpflichtet hält, wenn ein thätiger Handwerker in Folge ehelicher Zerwürfnisse die Seinigen verläßt und nicht blos die Frau, sondern seine Kinder der öffentlichen Armenpflege überläßt, wenn Bosheit, die Aussicht auf ein bequemeres Leben ihn veranlassen, sich der Sorge für die Seinigen zu entäußern — da hilft der §. 361 Nr. 5 a. a. O. Nichts. Ein Prozeß ist beim Mangel von Executionsobjecten und bei der Unanwendbarkeit der Grundsätze von der executio ad faciendum aussichtslos und ohnmächtig steht die Gemeinde dieser Verletzung und Ignorirung gesetzlicher Pflichten gegenüber.

Dies das Bild unseres öffentlichen Armenpflegerechts, soweit es aus den neuen Gesetzen dem Leser entgegentritt. Welche Licht- und Schattenseiten noch bei längerer Praxis hervortreten werden, ist nicht zu ermessen. Meines Erachtens dürfte das, was der Präsident des Bundeskanzleramtes in der Sitzung des Norddeutschen Reichstages vom 20. Februar 1870 nach Einführung des Gesetzes über den Unterstützungs-Wohnsitz ausgesprochen hat,

> daß die Materie schwerlich abgeschlossen sein wird, daß man sich indeß nicht verhehlen kann, wie die neuesten Gesetze den dringendsten Uebelständen, die praktisch hervorgetreten sind, Abhülfe gewähren und daß sie nunmehr der Zukunft überlassen müssen, auf dem einmal eingeschlagenen Wege fortzuschreiten.

im Wesentlichen zutreffen, soweit man die staatsrechtliche, die politische Seite der Gesetze im Auge behält. Daß wir nicht blos in Preußen, sondern fast in ganz Deutschland, ein Heimathsrecht haben, ist von so eminenter Bedeutung, ist ein so unschätzbarer Gewinn, daß man es leicht verschmerzen kann, wenn die wirthschaftlichen Wünsche nicht voll

befriedigt worden sind. Nach dieser Richtung hin halte ich fest an dem Ausspruche von Eras (a. a. O. S. 118):

> Aufgabe einer zeitgemäßen Reform der Armengesetzgebung ist es, die Bedingungen zu fixiren, unter welchen die Armuth durch Art und Umfang der Armenpflege so wenig wie möglich gefördert wird.

In der Hand der Deputationen für Heimathswesen liegt es, durch Aufstellung und Durchführung rationeller Grundsätze die bestehenden Lücken auszufüllen und zu ergänzen. Mögen sie sich vor Allem mit dem vielleicht paradox klingenden, aber doch so richtigen Worte Prince-Smith befreunden

> „die Armuth pflegen, heißt im Grunde genommen die Armuth „hegen."

Vorstehender Aufsatz war bereits im Druck, als mir die Erste Lieferung von Rocholls „System des deutschen Armenpflege-Rechts. Berlin. Verlag von Franz Vahlen 1872" und die vierzehnte Lieferung von Rönnes Staatsrecht, (3. Auflage), welche eine Darstellung des neuen Armenrechts enthält, zugingen. Beide Arbeiten konnte ich leider nicht mehr benutzen. Meine Zweifel, ob neben Rönnes abgeschlossener Darstellung der vorstehende Aufsatz noch eine Berechtigung hätte, hat der Herr Herausgeber im bejahenden Sinne entschieden und ich habe geglaubt, seinem Urtheil folgen zu dürfen. Der Verfasser.

Die Leser der Zeitschrift werden es gewiß nicht bedauern, daß ihnen die vorstehende Darstellung eines so außerordentlich wichtigen Theiles der deutschen Gesetzgebung nicht vorenthalten worden ist. Der Aufsatz war mir bereits vor längerer Zeit zugegangen, konnte aber wegen anderweit vorliegenden Manuscripts nicht sofort zum Abdruck gelangen. Ich mache bei dieser Gelegenheit auf den soeben erschienenen 17. Band der bei Fr. Kortkampf hierselbst (Buchhandlung für Staatswissenschaft und Geschichte) herauskommenden „deutschen Reichsgesetze mit Erläuterungen" aufmerksam. Derselbe enthält das „Reichsgesetz über den Unterstützungswohnsitz vom 18. Juni 1870, aus den gesammten amtlichen Materialien ausführlich erläutert mit allen Einführungsgesetzen und den Gesetzen betreffend Freizügigkeit und Erwerb und Verlust der Staatsangehörigkeit sowie der Gothaer Konvention vom 15. Juli 1851, bearbeitet von Reg.-Rath a. D. Beutner und G.

Herrfurth." Wie der Titel verheißt, bietet das Werk neben der Erläuterung des Reichsgesetzes sowohl das preußische Armenpflegegesetz vom 8. März 1871 mit den dazu gehörigen Verordnungen und Rescripten wie auch die in den übrigen deutschen Ländern im Anschluß an das Gesetz vom 6. Juni 1870 ergangene Gesetzgebung, so daß man hier das gesammte Material des im Gebiet des Reichsgesetzes geltenden Heimathrechtes in wünschenswerther Vollständigkeit vereinigt findet.

Behrend.

VI.

Der Verwaltungs-Gerichtshof, insbesondere mit Rücksicht auf die neuesten Vorlagen in Bayern.[1])

Von Herrn Kreisgerichts-Rath Oelzen in Erfurt.

Die Einsetzung eines Gerichtshofes für Streitigkeiten des öffentlichen Rechts gehört bekanntlich zu den Lieblingsideen der Reformer auf dem Gebiete der innern Verwaltung. Diese moderne Institution wird nach zwei Seiten hin erstrebt; einmal um der Omnipotenz der Civil-Gerichte einen Damm entgegenzusetzen; auf der andern Seite, um die Verwaltungs-Rechtspflege unabhängig zu machen von der activen Verwaltung. Hand in Hand mit dem Gedanken auf Errichtung von Verwaltungs-Tribunalen geht das Prinzip der Selbstverwaltung. Hierbei handelt es sich um eine neue Anwendung des Grundgedankens der heutigen Repräsentativ-Verfassung, auf allen Stufen und in allen Richtun-

---

[1]) Wir haben bereits im Bd. I., S. 235 ff. die Einsetzung eines Gerichtshofs für öffentliches Recht einer umfangreichen Erörterung unterzogen. Der gegenwärtige Aufsatz bezweckt, die Fortschritte darzustellen, welche die deutsche Legislation innerhalb der letzten Jahre auf diesem Gebiet gemacht hat. Aus der Litteratur, abgesehen von den bekannten größeren Werken von Stein und Gneist, führen wir an: Bluntschli „Verwaltungsrecht und Verwaltungs-Rechtspflege" in der kritischen Viertelj.-Schrift Bd. 6, S. 257 ff. (Jahrg. 1864). Derselbe in Bluntschli & Brater Staatswört.-B. Bd. 11, S. 60 ff., wo auch die Litteratur angegeben. Pözl in der krit. Viertelj.-Schr. Bd. 10, S. 124 ff. S. 279 Bd. 11, S. 378 ff. Dr. G. Weizel (Präsident des Verw.-Ger.-H. in Baden), das Badische Ges. vom 5. Octbr. 1863 über die Organisation der innern Verwaltung. Karlsruhe 1864 (vorzüglich). Blätter für administr. Praxis ꝛc., zunächst in Bayern ꝛc., Bd. XVII. Jahrg. 1867 S. 65 „der Verwaltungs-Gerichtshof." Luthardt „ein Verwaltungs-Gerichtshof" auf der Grundlage des bestehenden Rechtes in Bayern. Nördl. 1867. — „Ueber die Beibehaltung der Verwaltungs-Gerichtsbarkeit" von Justiz-R. Turgold im Archiv für praktische Rechtswissenschaft N. F. Bd. 7, (1870) S. 168 ff. Badisches Central-Blatt für Stand- und Gemeindeinteressen „1868, Nr. 2. „Die Parteien im Verwaltungsstreit vom Geh. R. Schmitt (Mitgl. des Verw.-G.-H. in Baden). Zeitschrift für Badische Verwaltung und Verwaltungs-Rechtspflege von Dr. E. Löning jetzt Prof. des Verwaltungsrechts in Straßburg, und fortgesetzt vom Verw.-Ger.-R. Wielandt. Heidelberg 1869, 1870, 1871. (dieselbe erstattet Bericht über

gen des öffentlichen Lebens mit einem Berufsamte ein unentgeltliches Ehrenamt zu verbinden. Wie in der Gesetzgebung die Volksvertretung mit der Regierung zusammenwirkt, in der Rechtspflege die Geschworenen und Schöffen den ständigen Richtern beitreten, und in Handels-Gerichten Kaufleute als Urtheiler mitwirken, so werden hier in der Verwaltung bezahlte Beamte (Bezirks- oder Oberamtmänner, Amtshauptmänner resp. Landräthe) mit populären Vertretungen (Ausschüssen, Bezirks-Räthen) umgeben, um die Selbstverwaltung ins Leben zu rufen. Dies ist das Selfgovernment im deutschen Sinne, da eine Copirung englischer Zustände für unsere Verhältnisse unausführbar ist. Wir sollen und können England nicht nachahmen, aber wir sollen an seinem Verfassungs- und Verwaltungsrecht die Grundsätze lernen, auf denen allein der Rechtsstaat sich aufbauen kann. Auch wir zählen uns zu den Anhängern dieses Systems und können darum den Ruf nach Errichtung selbstständiger Verwaltungs-Gerichtshöfe nur mit Freuden begrüßen. Wir setzen jedoch hierbei voraus, daß es nicht auf Schwächung der Regierungsgewalt abgesehen ist, für die eine energische Thätigkeit unentbehrlich, daß darum der reinen Verwaltung das verbleibt, was ihr zu gouvernementalen Zwecken zukommt, und daß nicht der moderne Verwaltungs-Gerichtshof, um ein Schlagwort der süddeutschen Liberalen zu gebrauchen, zu einer „Mißbrauchs-Assecuranz-Anstalt“ herabgewürdigt wird.

Von diesem Grundgedanken ausgehend, müssen wir von vorn herein die vielfach verbreitete Ansicht derjenigen juristischen Schriftsteller

die wichtigsten Fortschritte des Verw.-Rechts) v. „Znama-Sternegg „Verwaltungslehre in Umrissen.“ Innsbruck 1870. Dr. Lorenz Stein Handbuch der Verwaltungslehre und des Verwaltungsrechts. Stuttgart. Cotta. 1870. (Ein übersichtlicher Auszug des größeren Werkes). v. Gerber Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts. Aufl. 2 de 1869, S. 176, 182. Oelzen. Schletter'sche Jahrb. Bd. XIII. (de 1870), S. 227 ff. Verfassung und Verwaltung der Provinzen und Gemeinden des Königr. der Niederlande. Eine Skizze von dem Abgeordneten Miquel in den Pr. Jahrb. Bd. 24, S. 312. Die preußische Kreisordnung von Dr. R. Gneist. Berlin. Springer. 1870. Insbes. S. 196—211. Reorganisation der innern Verwaltung Preußens von Graf Hue de Grais (K. Kreishauptmann). Berlin. Springer, 1871. Reorganisation der Staats- und der Selbstverwaltung in Preußen von Dr. Lette. Berlin. Reimer. 1868. Reform der preußischen Verwaltung von einem Mitgl. des A.-Hauses. Berlin. Springer, 1869. Präfectur oder Selbstverwaltung? von dem Abgeordneten W. von Kardorff-Wabnitz. Berlin. Springer, 1868. Prof. Dr. Tellkampf „Selbstverwaltung“ etc. Berlin 1872. Springer. Dr. R. Gneist der Rechtsstaat und die Verwaltungs-Gerichtsbarkeit in Deutschland. Berlin 1872. Springer Ein Mehreres ist dem Referenten nicht zugänglich gewesen.

bekämpfen, welche die Entscheidung der Competenz-Grenzen zwischen der reinen activen Verwaltung und der Verwaltungs-Rechtspflege bei der Frage über die Behandlung einer durch die Verwaltung geschehenen Rechtsverletzung zu gewinnen suchen. Vielmehr muß die Zuständigkeit zugleich nach der Natur des Verhältnisses, des Lebens-Gebietes, welchem der Anspruch angehört oder für welches er in Frage kommt, beurtheilt werden. (cf. v. Gerber Grundzüge des deutschen Staatsr., Aufl. 2 de 1869 S. 176.)

Wenn wir nun eine Rundschau darüber anstellen, welche Fortschritte in neuester Zeit die gesetzgeberischen Arbeiten auf dem Gebiete der Verwaltungs-Rechtspflege gemacht haben, so stoßen wir zunächst sogar auf zwei Bundesgesetze, welche als Vorläufer der neuen Verwaltungs-Gerichte zu betrachten sind. Es ist dies erstens die Gewerbeordnung des norddeutschen Bundes, vom 21. Juni 1869, welche in mehrfachen Fällen — namentlich wo es sich um Genehmigung eines beginnenden oder Untersagung eines schon im Betriebe befindlichen Gewerbes handelt — ein mündliches und öffentliches Verfahren vor einem Collegium erster oder zweiter Instanz vorschreibt. Das zweite legislatorische Werk ist das Reichsgesetz über den Unterstützungs-Wohnsitz (vom 6. Juni 1870). Dasselbe hat das Verfahren in Streitsachen der Armenverbände, aber in dispositiver Weise nur für diejenigen Fälle geordnet, in denen ein Streit zwischen zwei Armenverbänden besteht, welche verschiedenen deutschen Staaten angehören. Das Verfahren soll in der Vorinstanz, unter Ausschluß des Rechtsweges, ein administratives sein, die Entscheidung letzter Instanz aber dem Bundesamte für Heimathwesen obliegen — einer neugeschaffenen, inzwischen ins Leben getretenen Behörde, welche aus wenigstens fünf, von dem Bundes-Präsidium zu ernennenden Mitgliedern zusammengesetzt ist —. Die Regelung des Verfahrens in den Streitsachen solcher Armenverbände, welche einem und demselben Staate angehören, hat das Reichsgesetz lediglich der Landes-Gesetzgebung überlassen, jedoch mit der näheren Bestimmung, daß es der Landesgesetzgebung zustehen soll, auch für solche Streitsachen das in dem Reichsgesetz vorgesehene Verfahren zu adoptiren und insbesondere also das Bundesamt für Heimathwesen mit der Entscheidung in letzter Instanz zu befassen.

Das preußische Ausführungsgesetz vom 8. März 1870 hat diesen Weg betreten. Es schreibt vor, daß

> zur Entscheidung von Streitigkeiten, welche gegen einen preußischen Armenverband von einem andern deutschen Armenverbande erhoben werden, für jede Provinz oder für einen oder mehrere

Regierungs- oder Landdrosteibezirke eine Behörde eingesetzt werden soll, welche den Namen Deputation für Heimathwesen führt, und am Hauptorte der Provinz oder am Sitze einer Bezirksregierung oder Landdrostei ihren Sitz hat.

Von den Entscheidungen dieser Behörden geht der Rekurs, unter Ausschluß des Rechtsweges, an das Bundesamt für Heimathwesen. Das Verfahren vor demselben ist ebenso, wie vor dem Bundesamte, ein mündliches und öffentliches. Die Deputationen bestehen aus einem richterlichen und aus einem Verwaltungsbeamten, welche beide Beamte für die Dauer ihres Hauptamtes am Sitze der Deputation von Sr. Majestät dem Könige ernannt werden, und aus ferneren drei von der Provinzialvertretung zu wählenden Mitgliedern. Denselben sind übrigens durch das Ges. vom 8. März 1871 verschiedene sonstige Functionen in Armenpflegesachen überwiesen worden, welche bisher von Bezirksregierungen wahrzunehmen waren.[2])

Dem Beispiel Preußens sind verschiedene andere deutsche Staaten gefolgt, wie dies der Inhalt der Ausführungs-Gesetze näher ergiebt.[3])

Somit ist in der Ausführung des Reichsgesetzes über den Unterstützungswohnsitz ein wichtiger Zweig der innern Verwaltung einer durchgreifenden, neuen und einheitlichen Regelung entgegen geführt worden. Die Berathungen über dieses wichtige Reichsgesetz im Schooße des Reichstags geben ein sprechendes Zeugniß dafür, daß sich überall in Deutschland das Bedürfniß einer unabhängigen Verwaltungs-Rechtspflege fühlbar macht.

Beachtenswerth in dieser Beziehung sind insbesondere die Bemerkungen des Commissions-Berichts. Hier ist in Beziehung auf die Organisation des Bundesamts gesagt:

„Der Character der zu entscheidenden Streitsachen im Sinne des vorliegenden Gesetzes — in denen es sich um Angelegenheiten theils privatrechtlicher, theils öffentlicher Natur, theils um wirkliche Rechtssprechung, theils um außerordentliche Cognition handle — weise

---

[2]) Die Frage: ob auch die Streitigkeiten der preußischen Armenverbände unter einander nach dem Verfahren in den §§. 40 ff. des Ausführungs-Ges. vom 8. März 1871 zu behandeln sind, wird bejaht in der deutschen Gemeindezeitung de 1871 Nr. 27.

[3]) So z. B. Reuß j. L., Ges. vom 21. Juni 1871 (Ges.-S. de 1869—71, S. 335); Weimar, Ges. vom 20. Juni 1871 (Reg.-Bl. 1871, S. 121); Sondershausen, Ges. vom 12. Juli 1871 (Ges.-S. 1871, S. 55); Reuß ä. L., Ges. vom 25. Januar 1871 (Ges.-S. 40); Coburg-Gotha, Ges. vom 31. Mai 1871 (Ges.-S. de 1871, S. 13 u. resp. S. 71); Rudolstadt, Ges. vom 23. Juni 1871 (Ges.-S. 1871, S. 63); Altenburg, Ges. vom 3. Juni 1871 (Ges.-S. de 1871, S. 71)

recht eigentlich darauf hin, einen Verwaltungs-Gerichtshof zu komponiren, dessen Zusammensetzung aus Männern der Justiz und der Administration die Gewähr bieten solle, daß einerseits die schützenden Formen und Traditionen der gerichtlichen Praxis beobachtet werden, die systematische Rechtskenntniß, die den Rechtsgelehrten eigenthümliche Fähigkeit zu abstrahiren, zur Wirksamkeit gelangen, daß andererseits das Bedürfniß des Lebens seine Befriedigung, die Individualität der einzelnen Fälle ihre Berücksichtigung finden durch jene Mitglieder, welche aus der administrativen Praxis, aus der Gewohnheit des lebendigen Verkehrs mit Personen und Dingen die Befähigung hernehmen, das konkrete Element zur Geltung zu bringen.[1])"

Auch die zu erwartende neue Kreis-, Gemeinde- und Provinzial-Ordnung wird in ihrer Ausführung zur Organisation besonderer Verwaltungs-Gerichtshöfe bei uns in Preußen führen. Darum ist es wohl an der Zeit unsere Leser auf die Wichtigkeit dieses Instituts aufmerksam zu machen, dessen Gegenstand der Wissenschaft sowohl als der legislativen Praxis verhältnißmäßig noch fremd ist.

Bekämpft wird das Verwaltungs-Tribunal hauptsächlich nur von denjenigen, welche die Competenz der Gerichte über die Gebühr erweitern, und es als eine nothwendige Consequenz des „Rechtsstaats" aussprechen, daß bei jeder Handlung der Regierung von dem dadurch Berührten die Rechtsfrage erhoben und deren Prüfung und Entscheidung durch unabhängige Gerichte begehrt werden müsse.

Von den hervorragenden älteren Rechtslehrern gehört namentlich Pfeiffer zu den eifrigsten Gegnern der Verwaltungs-Gerichte. Derselbe bekämpft diese Institution in seinen praktischen Ausführungen Bd. III. S. 204 mit den Worten:

„Auch in dieser Gestalt bleibt der Administrativ-Justiz ein so gefährlicher, durchaus unjustizmäßiger Charakter, daß man sich nicht stark genug gegen deren Einführung äußern kann. Kurz gesagt, die Administrativ-Justiz ist ein Institut, ganz dazu geeignet, die möglichst unversehrbar zu bewahrende Reinheit der Gerichtspflege zu beflecken, und die edelste Zierde des Richterstandes, dessen Integrität, zu gefährden."

Die moderne Staatsverwaltung dagegen läßt sich eine von ihr wesentlich unabhängige Verwaltungs-Rechtspflege gefallen.

---

[1]) cf. Stenogr.-Ber. I. Legislatur-Periode, Session 1870. Bd. 4, S. 586.

So ehrenwerth das Streben ist, überall vorerst dem Rechte Anerkennung zu verschaffen, so muß man sich doch vor der Ueberspannung des juristischen Elements im Staate hüten. Sehr treffend drückt diesen Gedanken der berühmte französische Verwaltungsrechts-Lehrer **Vivien** aus, welcher in seinen „administrativen Studien“ u. a. sagt:

> „Die Administrativ-Gesetze sind wesentlich verschieden von den Civil-Gesetzen; sie erfordern besondere Studien und beruhen auf allgemeinen Principien einer ganz andern Ordnung. Um dieselben mit Verständniß und ihrem Geiste gemäß anzuwenden, genügt es nicht, die Schule des Rechtsanwalts durchgemacht und mit den Gerichts-Verhandlungen des Civilprozesses sich vertraut gemacht zu haben, man muß in die Bedingungen des öffentlichen Lebens eingeweiht sein, und an den öffentlichen Geschäften Theil genommen haben. Was den Civilrichter auszeichnet, das wird hier leicht zum Fehler. Jenem ist der Staat nur eine abstracte Persönlichkeit, für den er weniger Interesse empfindet, als für die lebendige Privat-Person, deren Interesse der Anwalt verficht. Nur zu oft sieht er den Staat wie einen Unterdrücker, diese wie sein Opfer an.“

Jene Untauglichkeit der bloßen civilistischen Bildung und Berufsübung für die Verwaltungs-Rechtspflege ist auch bei uns in Preußen anerkannt. Darum hat in den Landtagen pro 1867 und 1868, wo die Organisation besonderer Verwaltungs-Tribunale bei Gelegenheit der Budget-Berathungen besprochen wurde, ferner im J. 1869 bei den Verhandlungen über den Entwurf der Kreisordnung, sich keine Stimme gegen diese moderne Institution erhoben; vielmehr wurde dieselbe im Princip von den Führern aller Parteien befürwortet.

Eine schwierige Frage ist aber die, unter welchen Modalitäten die Einrichtung in's Leben gerufen werden soll.

Bei der comparativen Methode, von welcher unsere jetzige Gesetzgebungs-Politik beherrscht wird, blicken wir gern auf die Rechtszustände anderer Länder, wenn es sich um die Beurtheilung einheimischer Institutionen handelt. Darum wird es für unsere Leser nicht ohne Interesse sein, auf einige neuere deutsche Gesetze und Gesetzesvorschläge aufmerksam zu machen, welche die Ordnung der Verwaltungs-Rechtspflege zum Gegenstande haben.

Die Organisation der Verwaltungs-Gerichte wird entweder in der Art vorgeschlagen, daß man die Trennung der Verwaltungs-Gerichte von den Verwaltungs-Behörden schon in der untern Instanz vollziehen,

oder so, daß man sich darauf beschränken will, einen Gerichtshof einzusetzen, der als letzte Instanz in Fragen des öffentlichen Rechts entscheidet. Auch der Vorschlag ist aufgetaucht, eine Berufung von den Aussprüchen der Verwaltungs-Behörden oder unteren Verwaltungs-Gerichte an das höchste Civil-Gericht zuzulassen.

Baden war der erste deutsche Staat, der in bewußter Absicht das Werk unternahm, die innere Verwaltung nach den Grundsätzen der Selbstverwaltung zu organisiren, und eine selbstständige Verwaltungs-Rechtspflege in's Leben zu rufen.

Vor allem mustergültig ist daher die badische Gesetzgebung. Das Badische Gesetz vom 5. Octbr. 1863 „über die Organisation der inneren Verwaltung" (das Werk des Ministers Dr. Lamey) reorganisirt die Verwaltung von unten auf. Für jeden Amtsbezirk wurde ein Bezirksrath errichtet, der unter dem Vorsitz des Bezirksamtmanns (eines ständigen besoldeten Staatsbeamten) aus bürgerlichen, von der Kreis-Versammlung präsentirten Mitgliedern gebildet ist. Innerhalb des ihm angewiesenen Wirkungskreises fungirt der Bezirksrath theils als Verwaltungs-Behörde, theils als Verwaltungs-Gericht. In der letzteren Eigenschaft ist ihm als zweite und höchste Instanz ein Verwaltungs-Gerichtshof übergeordnet. Durchschnittlich werden auf jeden Amtsbezirk 24,000 Seelen und 30 Gemeinden gerechnet.

Die Bezirksräthe sind unbesoldete Ehrenämter und werden auf zwei Jahre von dem Ministerium des Innern aus einer dreifachen Vorschlagsliste ernannt, welche von der Kreisversammlung durch freie Wahl gebildet wird. Staatsbürgerrecht und ein Alter von mindestens 25 Jahren sind die einzigen Bedingungen dieser Ernennung, aber die Annahme des Amts wird als Bürgerpflicht behandelt. Bestimmte Vorstudien sind nicht erforderlich. Für jeden Bezirk werden 6 bis 9 Bezirksräthe ernannt.

Die Mitglieder des Verwaltungs-Gerichtshofs sind besoldete Beamte, der Dienstaufsicht des Ministeriums des Innern untergeordnet, aber weder in ihrer Stellung noch in ihren Urtheilen von der Willkühr der Regierung abhängig.

Auch die Entscheidung von Zweckmäßigkeitsfragen ist nach dem badischen Gesetz den Organen der Verwaltungs-Rechtspflege übertragen. Ebensowenig sind Beschwerden über beanstandete oder verletzte politische Rechte der Staatsangehörigen und öffentlichen Corporationen grundsätzlich von der Verwaltungsjustiz ausgeschlossen, sondern für gewisse Kategorien derselben zugelassen. Für Polizeisachen bilden jedoch in der Regel die Ministerien die letzte Instanz.

Der im December 1867 den würtembergischen Ständen vorgelegte und noch nicht zum Gesetz erhobene Entwurf hat gleichfalls die Organisation der gesammten Verwaltung im Auge, und beabsichtigt die Bildung von Bezirks- und Kreisverwaltungs-Gerichten. In erster Instanz sollen die Bezirksverwaltungs-Gerichte erkennen, gebildet aus dem Oberamtmann als Vorsitzenden, dem Bezirksassessor und zwei durch die Bezirksversammlung (Distriktsrath) gewählten Bezirksräthen. Gegen Entscheidungen der Bezirksverwaltungs-Gerichte bildet das Kreisverwaltungs-Gericht die zweite und letzte Instanz. Das letztere ist aus dem Kreishauptmann und Kreisamtsrath, zwei Mitgliedern des Kreisgerichts und zwei vom Kreisrathe (Landrathe) abgeordneten bürgerlichen Mitgliedern zusammengesetzt. Für eine Reihe von Verwaltungs-Rechtssachen ist das Kreisverwaltungs-Gericht in erster Instanz zuständig, und ihm gegenüber bildet der Verwaltungs-Gerichtshof die oberste und letzte[5]) Instanz. Das gleiche gilt von Recursen gegen die Entscheidungen von sonstigen als Verwaltungsjustiz-Organe im Departement des Innern zuständigen Behörden. Das nähere über Stellung, Besetzung und Einrichtung dieses obersten Organs der Verwaltungs-Rechtspflege ist einem besonderen, den Ständen noch nicht vorgelegten, Gesetze vorbehalten.

Als Verwaltungs-Justizsachen, auf welche sich der vorliegende Entwurf bezieht, werden jene Streitigkeiten bezeichnet, in welchen über die auf das öffentliche Recht sich gründenden Ansprüche entschieden wird,

---

[5]) Abweichend von der badischen Organisation, welche nach §. 92 der Vollzugs-Verordnung vom 29. Juli 1864 (Reg.-Bl. 1864 Nr. 31) noch eine Nichtigkeits-Beschwerde wegen wesentlicher formeller Mängel des Verfahrens, insbesondere wegen Unzuständigkeit oder Gewaltüberschreitung des erkennenden Verwaltungs-Gerichts, gestattet. Auch der unermüdliche Vorkämpfer auf dem Felde der Verwaltungsrechtspflege, Prof. Gneist, spricht sich (S. 205 der Monographie über die preußische Kreisordnung, Berlin 1870) für diese Institution aus. Derselbe ist der Ansicht, daß sich der Central-Verwaltungs-Gerichtshof zwar nur zur Entscheidung von Principienfragen, nicht aber für die unabsehbare Masse kleiner Verwaltuugsbeschwerden eigne. Doch müsse es die allgemeine Aufgabe des höchsten Gerichtshofes bleiben, das im Rechtsstaat begrenzte Gebiet der Verwaltungsjustiz in seinen verfassungsmäßigen Schranken zu erhalten. Es bedürfe deshalb noch eines directen Rechtsmittels wegen „Ueberschreitung der Amtscompetenz,“ welches in den gewohnten Formen einer Cassations-Instanz bei dem höchsten Gerichtshof zu schaffen sei. Der Kreishauptmann Graf Hue de Grais (Reorganisation der innern Verwaltung Preußens. Berlin 1871, S. 76) hält die Vorschläge Gneist's für mustergültig. Auch Prof. Dr. Bluntschli (in der krit. Viertelj-Schr. Bd. VI., S. 290) ist der Ansicht, daß eine Nichtigkeitsbeschwerde wegen formeller Mängel, insbesondere wegen Gesetzwidrigkeit gewährt werden müsse. Indessen ist die Ansicht praktischer Staatsmänner dieser modernen Institution entgegen. Insbesondere wird dieselbe gegeißelt von dem

sei es daß der Streit zwischen Privaten und Körperschaften unter sich oder gegenüber dem Staate, als Inhaber von Vermögensrechten, entstanden ist. Dagegen sind von der Verwaltungsjustiz die Beschwerden ausgeschlossen, bei welchen der Staat als öffentliche Gewalt betheiligt ist.

Hieraus erhellt, daß die würtembergische Gesetzgebung dem Wirkungskreise der Verwaltungsjustiz engere Grenzen zieht, als das badische Gesetz. Die legislatorischen Vorarbeiten in Würtemberg sind durch den Krieg unterbrochen worden. Aus der Reichstags-Sitzung vom 7. Novbr. 1871 ist jedoch zu entnehmen, daß die würtembergische Regierung die Reformen über die Organisation und das Verfahren der Verwaltungs-Behörden sehr bald wieder auf die Tages-Ordnung bringen wird.

Die österreichischen Grundgesetze vom 21. Decbr 1867, soweit sie hier in Betracht kommen, haben es ausschließlich mit der Organisation der obersten Instanz zu thun, enthalten aber in dieser Beziehung weit eingreifende Bestimmungen. Das für die Länder diesseits der Leitha eingeführte Reichs-Gericht entscheidet: 1) über Kompetenz-Konflickte, 2) über Streitigkeiten zwischen den einzelnen Ländern und Ansprüche an dieselben, die nicht civilrechtlicher Natur sind; 3) über Beschwerden der Staatsbürger wegen Verletzung der ihnen durch die Verfassung gewährleisteten politischen Rechte, nachdem die Angelegenheit im gesetzlich vorgeschriebenen administrativen Wege ausgetragen worden ist. Weiter bestimmt das gleichzeitig erlassene Gesetz über die richterliche Gewalt:

> „In allen Fällen, wo eine Verwaltungs-Behörde über einander widerstreitende Ansprüche von Privatpersonen zu entscheiden hat, steht es dem durch diese Entscheidung in seinen Privatrechten Benachtheiligten frei, Abhülfe gegen die andere Partei

---

Reichstags-Abgeordneten Lasker bei Erwägung der Frage: Ob gegen die Entscheidungen des Bundesamts für Heimathswesen der Rechtsweg zu eröffnen sei? Dieser Reichstags-Abgeordnete erklärte u. a. in der Sitzung vom 17. Mai 1870:

> „es wäre wahrer Unsinn, wenn erst im Verwaltungswege entschieden werden soll, und zwar im Wege des Verfahrens, wie das hier (im Gesetz über den Unterstützungs-Wohnsitz) vorgeschrieben ist, und wenn nachher die Richtigkeitsbeschwerde beim höchsten Gerichtshof eingereicht werden soll. Solchen Unsinn kann man einer positiven Gesetzgebung nicht beilegen“ (cf. Stenogr. Ber. des nord. B. 1870. Bd. 2 S. 975).

Die Einführung der erwähnten Richtigkeitsbeschwerde hat allerdings gegen sich, daß dadurch die Autorität des Central-Verwaltungs-Gerichtshofes gelähmt, und der Instanzenzug vermehrt wird.

im ordentlichen Rechtswege zu suchen. Wenn außerdem Jemand behauptet, durch eine Entscheidung oder Verfügung einer Verwaltungsbehörde in seinem Rechte verletzt zu sein, so steht ihm frei, seine Ansprüche vor dem Verwaltungs-Gerichtshofe im öffentlichen mündlichen Verfahren wider einen Vertreter der Verwaltungs-Behörde geltend zu machen." (Art. 15 des Staats-Grundgesetzes über die richterliche Gewalt.)

Erläutert wird dieser Artikel durch folgende Stelle aus dem Bericht des Verfassungs-Ausschusses:

„Es können sich Fälle ergeben, wo eine administrative Entscheidung oder Verfügung das Privatrecht des Einzelnen aus administrativen Rücksichten berührt, oder wo die Ausführung einer Verordnung mit dem Willen der Vollzugs-Gewalt nicht im Einklang steht, oder wo die Ausführung einer Verordnung mit dieser selbst im Widerspruch steht. Darf auch in solchen Fällen die Verwaltungs-Maßregel selbst kein Gegenstand der gerichtlichen Cognition sein, so muß doch dem Bürger ein Rechtsmittel gewahrt bleiben, wodurch ohne Lähmung der Regierungsthätigkeit und ohne Verkümmerung ihrer Autorität der Fall der Beschwerde einer unparteiischen und sachkundigen Prüfung unterzogen wird. Diesen Schutz gewährt die Institution des Verwaltungs-Gerichtshofs."

Die Kompetenz des Verwaltungs-Gerichtshofs soll sich also nicht auf alle Streitigkeiten des öffentlichen Rechts erstrecken, vielmehr hat man für nothwendig erachtet, den Schutz der politisch wichtigsten öffentlichen Rechte der Staatsbürger einem andern höchsten Gerichtshofe, dem Reichsgerichte, anzuvertrauen. Die politische Bedeutung dieser Institution suchte man durch eine Mitwirkung der Volksvertretung bei der Ernennung der Mitglieder zu erhöhen (cf. die deutsche Gem.-Z. 1871, Nr. 36 u. 37; die badische Zeitschr. für Verwaltung 1869, Nr. 13).

Das vorbehaltene besondere Ausführungs-Gesetz über die Zusammensetzung des Verwaltungs-Gerichtshofs, sowie über das Verfahren vor demselben ist noch nicht erschienen, vielmehr das Ministerium des Innern noch mit den Vorarbeiten desselben beschäftigt. Die Vorlage an den jetzt (December 1871) tagenden Reichstag ist in Aussicht gestellt.[5a])

[5a]) Inzwischen ist der Entwurf des Ges. betr. den Verwaltungs-Gerichtshof dem Reichstage vorgelegt.

Auch im Königreich Sachsen steht eine Vorlage zu erwarten. Nach der Thronrede vom 2. Decbr. 1871 an die versammelten Stände sollen sich die letzteren mit einem umfassenden Gesetz über eine neue Organisation der Verwaltungs-Behörden beschäftigen.[5b]) Dasselbe gilt für Preußen nach dem Inhalt der Thronrede vom 27. Novbr. 1871, „wonach die Aufgaben der innern Verwaltungs-Reform" erneut den Gegenstand der Berathungen bilden sollen.

Am Schluß dieser allgemeinen Uebersicht müssen wir noch einer interessanten legislatorischen Erscheinung des Auslandes gedenken. Es ist dies die neueste am 16/28. Juni 1870 in Weimar vom Kaiser von Rußland genehmigte russische Städte-Ordnung. Dieselbe verleiht den Stadt-Gemeinden eine solche Selbstständigkeit, solchen Rechtsschutz und solche Rechtsgewähr, wie dies in Deutschland nicht vorkommt, und zwar, weil — wie es in dem betreffenden Ukas heißt, — die bisherigen Gesetze „nicht mehr zeitgemäß waren, und einer Reform bedurften". Auch der Verwaltungs-Gerichtshof fehlt nicht bei dieser Organisation, und ist für jede Provinz (Gouvernement) unter dem Namen „Provinzial-Ausschuß in Stadtangelegenheiten" eingesetzt. Derselbe hat eine sehr ausgebreitete Kompetenz, und überall in den Klagen und Streitigkeiten der Gemeinde-Angehörigen sowohl als der Regierungs-Beamten über den Umfang und die Ausübung der öffentlichen Rechte und Pflichten der Stadtgemeinde-Behörden zu entscheiden. Der Verwaltungs-Gerichtshof ist zusammengesetzt aus zwei höchsten, bei den etwaigen Streitigkeiten unmittelbar oder mittelbar betheiligten Verwaltungs-Beamten, aus zwei unabhängigen höchsten richterlichen Beamten, und aus drei durch bürgerliche Wahlen hervorgegangenen Beamten. Die beamteten Mitglieder sind: 1) der Provinzialstatthalter (Gouverneur, Regierungs-Präsident, Ober-Präsident) als Vorsitzender. 2) der Vice-Statthalter. 3) der Präsident des Kammeralhofes. 4) der Prokurator des Bezirks-Gerichts. 5) der Vorsitzende der friedensrichterlichen Versammlung. 6) der Vorsitzende des Provinzial-Landschaftsamts. 7) der Bürgermeister der Provinzial-Hauptstadt.

Die Geschäftsführung und das Referat in dem Provinzial-Ausschusse ist dem Stadtschreiber in der Provinzial-Hauptstadt, einem von dem Gemeinderath der letzteren frei gewählten Beamten übertragen.

Jeder streitenden Partei steht gegen die Entscheidung des Provinzial-Ausschusses die Berufung an den dirigirenden Senat zu.[6])

[5b]) cf. der den Ständen Ende 1871 vorgelegte Gesetzentwurf betr. die Reorganisation der mittleren und unteren Verwaltung.

[6]) Ueber das Nähere dieser russischen Organisation cf. den Aufsatz in der deutschen Gemeinde-Zeitung de 1871, Nr. 30—34.

Gehen wir nun zu dem speziellen Gegenstand dieses Referats über, so legte die baierische Staats-Regierung bereits im November 1867 der Abgeordneten-Kammer einen Gesetzentwurf vor, welcher den Verwaltungs-Gerichtshof zum Gegenstande hatte. Derselbe wurde jedoch zurückgezogen, weil sich bei der Berathung desselben im Ausschusse der Abgeordneten-Kammer zwischen den Anschauungen der Staats-Regierung und den Beschlüssen des Ausschusses so erhebliche Differenzen ergeben hatten, daß eine befriedigende Lösung der legislatorischen Aufgabe nicht zu erwarten stand. Noch in demselben Landtage legte die Staats-Regierung einen zweiten Entwurf „die Verwaltungs-Gerichtsbarkeit betreffend," Ende März 1869, der Abgeordneten-Kammer vor. Derselbe stellt es sich zur Aufgabe, eine vollständig organisirte Verwaltungs-Rechtspflege erster und zweiter Instanz in's Leben zu rufen. Abweichend von dem ersten Entwurf soll die dritte Instanz wegfallen. Der neue Entwurf trennt das Gebiet der aktiven Verwaltung von dem der Verwaltungs-Gerichtsbarkeit objektiv und von unten auf, ohne jedoch das letztere von dem durch die Natur des öffentlichen Rechts bestimmten Gesammtgebiete der Verwaltung auszuschließen. Als ein unerläßliches Erforderniß wird es betrachtet, daß beide Gebiete der staatlichen Machtentwickelung in ihrem Wirken selbstständig neben einander stehen, keines dem andern untergeordnet werden darf. Jede Schwächung der aktiven Verwaltung, jede Beeinträchtigung ihrer Selbstständigkeit bleibt ausgeschlossen. Die Verwaltungs-Gerichte, im Sinne dieses Entwurfs, sind nicht obere Instanzen der aktiven Verwaltung, sondern haben ihren bestimmten Wirkungskreis, in dem sie, wie die Civilgerichte im Gebiete des Privatrechts, nunmehr im Gebiete des öffentlichen Rechts Präjudizien schaffen, welche die aktive Verwaltung zu achten verpflichtet ist.

In einem wesentlichen Punkte stimmen jedoch beide Entwürfe zusammen.

Auch der neuere faßt die Verwaltungs-Gerichte lediglich als ein administratives Institut auf, und vermeidet, demselben den Charakter einer politischen Institution zu geben. Vielmehr erachtet die Staats-Regierung, im Interesse der Existenz des Staats, es als ihre absolute Pflicht, die Rechte, welche die Gesetze in Fragen politischer Tragweite ihr und ihren Organen eingeräumt haben, auch künftig der aktiven Verwaltung vorzubehalten. Es ist dies ein Gesichtspunkt, welchen die baierische Staats-Regierung unbedingt festhalten zu müssen glaubte, und als unüberschreitbare Grenze der ganzen Organisation präcisirte.

Trotz dieses richtigen Grundgedankens scheiterte auch dieser zweite Entwurf, und wurde sowohl von dem Ausschusse, als von dem Plenum der Abgeordneten-Kammer am 17. April 1871 mit 68 gegen 65 Stimmen abgelehnt.

Die Legislations-Geschichte dieses baierischen Gesetzgebungs-Werks ist überaus anregend und belehrend für unsere inneren Zustände in Preußen. Dieselbe mag als eine Mahnung an unsere Kammern herantreten, sich nicht in legislativen Experimenten zu versuchen, die Grenzen des Erreichbaren nicht zu überschreiten, und durch oppositionelle Evolutionen die Gesetzeskraft einer auf gesunden Grundgedanken sich bewegenden Institution nicht ad calendas graecas zu vertagen.

Wir geben darum eine kurze Uebersicht des Inhalts dieses interessanten Entwurfs, nach den eventuell von dem Ausschusse vorgeschlagenen und auch von den Vertretern der Staats-Regierung angenommenen Modifikationen.

Der Entwurf umfaßt 43 Artikel, und zerfällt in VI Abschnitte, von denen der erste die für sämmtliche Verwaltungs-Gerichte gleichmäßig anwendbaren Grundsätze aufstellt, insbesondere den Umfang der Verwaltungs-Gerichtsbarkeit festsetzt, und die Organisation der Verwaltungs-Gerichte im Allgemeinen vorzeichnet. Der zweite, dritte und vierte behandeln die specielle Organisation der verschiedenen Verwaltungs-Gerichte. Der fünfte ordnet das Verfahren bei hervortretenden Kompetenz-Konflikten aller Art. Der sechste enthält die erforderlichen Schlußbestimmungen.

Der Art. I. führt unter 52 Nummern die Streitigkeiten, sowie bestrittenen Ansprüche und Verbindlichkeiten auf, welche Gegenstand der Verwaltungs-Gerichtsbarkeit sein sollen. Die Fälle, welche der Verwaltungs-Gerichtshof vor sein Forum verweist, haben sämmtlich auf Staats- und Kirchenrecht, auf Medicinal-, Unterrichts-, Militair-, Gemeinde-, Stiftungs-, Verehelichungs- und Armenwesen, auf Bestimmungen über Landeskultur- und Wassergesetze Bezug. Die Kompetenz des Verwaltungs-Gerichts beschränkt sich nicht blos auf „Parteistreitigkeiten aus dem öffentlichen Recht", welche Fassung in dem ersten Entwurfe gewählt wurde. Vielmehr sind dem Gerichtshofe nach dem zweiten Entwurfe vielfach Beschwerden zugewiesen worden, die keineswegs als Parteisachen bezeichnet werden können. Dahin gehören namentlich Beschwerden über den Besitz des Indigenats- oder Bürgerrechts, über die Berechtigung und Verpflichtung zum Verfassungseide, über Wahlrecht und Wählbarkeit in Bezug auf öffentliche Funktionen, mit Aus-

nahme der Wahlen in die Kammer, in das Zoll-, jetzt Reichs-Parlament, und in die Land- und Districtsräthe.

Dieser Art. I. ist entschieden der wichtigste aber auch der schwierigste hinsichtlich der in Betracht kommenden Fragen. Man kann bei der Festsetzung des Wirkungskreises der Verwaltungs-Gerichte zwischen zwei Möglichkeiten wählen. Man kann sich darauf beschränken, einen allgemeinen Grundsatz aufzustellen. Dabei ist es möglich, das Princip etwa dadurch klarer und deutlicher zu machen, daß man die Grenzen zwischen der Verwaltung und der Verwaltungs-Justiz positiv zu ziehen, und negativ diejenigen Angelegenheiten zu bezeichnen sucht, für welche die Behörden der Verwaltungs-Rechtspflege nicht zuständig sein sollen, oder etwa noch dadurch, daß man dem Grundsatze wenigstens Beispiele anfügt.

Eine neuere Methode besteht in der Aufzählung der einzelnen Angelegenheiten, in welchen die Behörden der Verwaltungs-Justiz zur Entscheidung berufen sein sollen. (cf. Krit. Viertelj.-Schr. für Ges.-Gebg. und Rechtswissenschaft. Bd. 10, S. 138 fg.).

Nach den Motiven sind alle Versuche der Theorie, einen principiellen Begriff von Verwaltungs-Rechtssachen oder Gegenständen der Verwaltungs-Gerichtsbarkeit im Gebiete des öffentlichen Rechts zu konstruiren, gescheitert oder doch zu keiner allseitigen Anerkennung gelangt.

Es ist ein wesentlicher Grundzug der Fragen des öffentlichen Rechts, daß in denselben sehr häufig nicht ausschließlich rechtliche Erwägungen die entscheidende Rolle spielen, sondern neben denselben noch andere Rücksichten des Staatswohls, des öffentlichen Nutzens, des wirthschaftlichen Bedürfnisses u. s. w. mit gleich berechtigten Ansprüchen sich geltend machen.

Der Entwurf würde darum nach der in den Motiven entwickelten Ansicht einen schwer wiegenden Fehler begehen, wollte er sich in den Versuch einer principiellen Definition verlieren, und damit den Keim zu den zahlreichsten Streitigkeiten legen. Deshalb hat es sich der Entwurf zur Aufgabe gestellt, an dem Systeme der Kasuistik festzuhalten. Maßgebend war dabei die Prüfung, ob und in welchem Grade bei der Entscheidung der einzelnen Angelegenheiten die rechtlichen Erwägungen oder andere Rücksichten des praktischen Lebens zu prävaliren haben. Im ersteren Falle schien Anlaß gegeben, einen Gegenstand der Gerichtsbarkeit als existent anzuerkennen. Uebrigens hat der Entwurf die Tendenz, daß schon das Bestehen von Zweifeln genügen soll, die Kompetenz der Verwaltungs-Gerichte zu begründen. Soweit in solchen Fällen die active Verwaltung der vorgängigen Lösung der gedachten

Zweifel für ihren Geschäftskreis bedarf, liegt eine Präjudizialfrage vor, die ausschließlich der Entscheidung der Verwaltungs-Gerichte anheim fällt. *)

Die Verwaltungs-Gerichtsbarkeit wird in erster Instanz von Verwaltungs-Gerichten, in zweiter und letzter Instanz für das ganze Königreich von dem Verwaltungs-Gerichtshofe geübt. Die Verwaltungs-Gerichte treten in die Kompetenz ein, welche in den betreffenden Angelegenheiten bisher der Distrikts-Verwaltungsbehörde übertragen war. Außerdem kommen dreierlei Behörden in Betracht, deren erstinstanzliche Kompetenz in Gegenständen der Verwaltungs-Gerichtsbarkeit ausnahmsweise beibehalten bleiben soll: 1) die einer Kreis-Regierung nicht unmittelbar untergeordneten und daher als Distrikts-Verwaltungsbehörden nicht erscheinenden Gemeinde-Behörden, 2) die Kreis-Regierungen, Kammern des Innern, 3) die Kreis-Regierungen, Kammern der Finanzen. (Art. 2.)

Die Zuständigkeit des Verwaltungs-Gerichtshofes ist in denjenigen Fällen ausgeschlossen, in welchen eine civilrichterliche Zuständigkeit begründet ist oder ein Ausspruch der Verwaltung durch Klageanstellung bei den Civil-Gerichten rückgängig gemacht werden kann. (Art. 3.)

Die Thätigkeit der Verwaltungs-Gerichte erster Instanz tritt ein: 1) auf Antrag der Parteien, 2) von Amtswegen in denjenigen Fällen, in welchen sich nicht zwei Parteien gegenüberstehen. (Art. 5.)

Die Verwaltungs-Gerichte legen ihren Entscheidungen die bestehenden Gesetze, Verordnungen und die gesetzmäßigen Vorschriften der Be-

---

*) cf. dagegen den Aufsatz des Geh. Rath Schmitt (Mitglied des Großherz. badischen Verwaltungs-Gerichtshofs): „Was ist Verwaltungsrechts-Sache, was ist Verwaltungs-Sache? in der Zeitschr. für badische Verwaltung und Verwaltungs-Rechtspflege. Nr. 14 de 1870. Der Verf. führt hier aus:

> Wer die Staats-Verwaltung vor dem Verwaltungs-Gericht belangen will, muß behaupten können, daß ein, ihm zukommendes, von dem Gesetz als unentbehrlich erklärtes, Interesse, d. h. sein Recht durch eine Handlung der Verwaltung verletzt worden sei. Kann er sich nicht auf ein Gesetz berufen, das sein Interesse gegenüber der Verwaltung als unverletzlich schützt, so ist trotz der thatsächlichen Verletzung desselben auch seine Klage hierwegen vor Gericht nicht begründet, und ihm erübrigt nur der Weg der Beschwerde bei der Verwaltung selbst. Diese Norm setzt aber selbstverständlich voraus, daß die positive Gesetzgebung die Kompetenz der Verwaltungs-Gerichte nicht beschränkt, vielmehr für den Verwaltungs-Richter den Satz aufstellt:
>
> > daß alle Verwaltungs-Rechtsstreitigkeiten der Einzelnen mit der Verwaltung von den Verwaltungs-Gerichten zu verhandeln und zu entscheiden sind.

hörden zu Grunde. Ein oberaufsichtliches Eingreifen findet nicht statt. (Art. 6.)

In jeder einer Kreis-Regierung unmittelbar untergebenen Stadt, und in jedem Bezirksamt wird ein ordentliches Verwaltungs-Gericht erster Instanz gebildet. (Art. 7.)

Die Verwaltungs-Gerichte bestehen: 1) in den unmittelbaren Städten aus einem rechtskundigen Bürgermeister oder dessen rechtskundigem Stellvertreter und aus vier bürgerlichen Beisitzern; 2) in den Bezirksämtern aus dem Bezirksamtmann oder dessen Stellvertreter und vier bürgerlichen Beisitzern. (Art. 7.)

Der König ernennt die bürgerlichen Beisitzer und eine gleiche Zahl von Ersatzmännern auf die Dauer von drei Jahren und zwar: 1) in den unmittelbaren Städten aus der Zahl der bürgerlichen Magistratsräthe, 2) für die Bezirksämter aus den von den Distriktsräthen hergestellten Listen. (Art. 9.)

Die bürgerlichen Beisitzer und deren Ersatzmänner sind eidlich zu verpflichten. (Art. 10.)

Die Funktion eines bürgerlichen Beisitzers bei dem Verwaltungs-Gerichte ist ein Ehrenamt, welchem die staatsbürgerliche Verpflichtung zur Annahme gegenübersteht. Die Ernennung kann nur aus Gründen abgelehnt werden, aus welchen die Wahl in den Magistrat, beziehungsweise Distriktsrath, abgelehnt werden kann. (Art. 11.)

Den Distriktsräthen verbleibt vorbehalten, den nicht am Bezirksamtssitze wohnenden Beisitzern und Ersatzmännern für die Theilnahme an den Sitzungen entsprechende Entschädigung aus den Distriktsmitteln zu bewilligen. (Art. 13.)

Die Festsetzung periodischer Sitzungstage ist nicht für zweckmäßig erachtet, vielmehr ist es vorgezogen, dem Vorsitzenden die jedesmalige Berufung im Falle des Bedürfnisses anheim zu geben. (Art. 14.)

Die Instruktion und Vorbereitung der zum Verwaltungs-Gerichte kompetirenden Fragen steht der Distrikts-Verwaltungsbehörde, die Entscheidung dem Verwaltungs-Gerichte zu. Alle Endbescheide und alle Zwischenbescheide, gegen welche eine selbstständige Berufung zulässig ist, erläßt das Verwaltungs-Gericht. Provisional-Verfügungen können auf Anrufen einer Partei vom Vorsitzenden oder dessen Stellvertreter erlassen werden. (Art. 15.)

Erscheint in einer Verwaltungssache in einer unmittelbaren Stadt die Stadtgemeinde oder in einem Bezirksamte eine der dazu gehörigen Distrikts-Gemeinden als Partei unmittelbar betheiligt, so hat sich das Verwaltungs-Gericht der Entscheidung in dieser Sache zu enthalten,

und wird hierfür von dem Verwaltungs-Gerichtshofe ein anderes Verwaltungs-Gericht delegirt. Als solches kann für unmittelbare Städte die vorgesetzte Kreis-Regierung, Kammer des Innern, delegirt werden. Die Unzuständigkeit ist jedoch von einem speciellen Perhorrescenzantrage der Gegenseite abhängig gemacht. (Diesen Art. 16 hat der Ausschuß gestrichen, weil dadurch die städtischen Verwaltungs-Gerichte beständigen Perhorrescenz-Gesuchen ausgesetzt sein würden.) —

Das Verwaltungs-Gericht besteht in allen Fällen aus fünf Mitgliedern. (Art. 17.)

Dem Vorsitzenden steht das Referat über die zur Verhandlung kommenden Gegenstände zu; derselbe kann solches jedoch auch einem bürgerlichen Beisitzer oder einem anderen rechtskundigen Bediensteten der Distrikts-Verwaltungs-Behörde übertragen, welch' letzterer aber nur eine berathende Stimme hat. (Art. 18.)

Die Verhandlungen des Verwaltungs-Gerichts sind mündlich und öffentlich. Die Oeffentlichkeit kann durch Beschluß des Gerichtshofs beschränkt werden, wenn Aergerniß oder Gefährdung des öffentlichen Friedens zu besorgen steht. Die Parteien können allein oder mit einem Beistande erscheinen oder sich durch einen Bevollmächtigten vertreten lassen. Die Beschränkung der Vertretung durch Anwälte ist nicht für zweckmäßig erachtet. Durch das Nichterscheinen der Parteien wird die Verhandlung und Entscheidung nicht gehindert.[7a]) Das Erkenntniß wird nach Stimmenmehrheit in geheimer Sitzung gefaßt, und in der Regel sofort in öffentlicher Sitzung verkündet. Demselben sind Entscheidungs-Gründe beizufügen. Eine Vertretung des öffentlichen Interesses durch besondere Organe ist bei den Verwaltungs-Gerichten erster Instanz nicht für nothwendig erachtet. (Art. 19.)

Den Parteien steht die Berufung gegen Erkenntnisse der Verwaltungs-Gerichte erster Instanz zu. Die Berufung ist binnen 15 Tagen einzureichen. Binnen einer weiteren Frist von 15 Tagen können der Berufungsführer, sowie die von der Berufungsführung zu verständigenden sonstigen Parteien eine Denkschrift einreichen. Der General-Staatsanwalt am Verwaltungs-Gerichtshof kann innerhalb einer 15tägigen Frist gegen verwaltungsgerichtliche Erkenntnisse die Berufung ergreifen. (Art. 21.)

[7a]) Anerkennung der Untersuchungs Maxime, welche auch adoptirt ist in der Badischen Vollzugs-V.-O. v. 12. Juli 1864. §§. 32, 48, 49, 53, desgl. in dem Entw. der Preußischen-Kreis-O. v. 20. Dezbr. 1871. §. 126. Dagegen wird die Verhandlungs Maxime für Verwaltungsstreitigkeiten vertheidigt von Geh.-R. Schmidt in der Zeitschrift für Badische Verwaltung No. 25. de 1871.

Die einer Kreis-Regierung nicht unmittelbar untergeordneten Gemeinde-Behörden haben ihre Entscheidungen durch den Magistrat beziehungsweise den Gemeinde-Ausschuß und zwar in derjenigen Zusammensetzung zu fassen, welche durch die Gemeinde-Gesetzgebung hierfür bestimmt ist. (Art. 22.)

Die Entscheidungen der Kreis-Regierungen in Gegenständen der Verwaltungs-Gerichtsbarkeit erfolgen bei jeder Kammer durch einen aus dem Vorstand und vier Mitgliedern bestehenden Senat, welcher durch Beschluß des Gesammt-Direktoriums der Kreis-Regierung auf die Dauer eines Jahres zusammengesetzt wird. (Art. 23.)

Gegen die Entscheidung der in Art. 22 und 23 bezeichneten Behörden können lediglich die Parteien die Berufung ergreifen, (Art. 24), welche Abweichung von den Bestimmungen des Art. 21 nach den Motiven durch die Verschiedenheit der Kompetenz dieser Verwaltungs-Gerichte gerechtfertigt wird.

Der Verwaltungs-Gerichtshof wird gebildet aus einem Präsidenten und der erforderlichen Zahl von Direktoren und Räthen. Bei vorkommenden Vakanzen wird derselbe mit seinem gutachtlichen Vorschlage gehört. Die Eintheilung in mehrere Senate erfolgt auf die Dauer eines Jahres durch Beschluß des Direktoriums. (Art. 25.)

Die Mitglieder des Verwaltungs-Gerichtshofs genießen die dem Richter-Personal verfassungsmäßig zustehenden Rechte, und haben gleichen Rang und Gehalt mit den Mitgliedern des Oberappellations-Gerichts. Während der Dauer ihrer Funktion können sie kein Verwaltungs-Amt bekleiden. (Art. 26.)

Zur Vertretung des öffentlichen Interesses und des Interesses der Staats-Regierung wird ein General-Staatsanwalt mit der erforderlichen Zahl von Nebenbeamten angestellt. [8]) Diese staatsanwaltschaftlichen Beamten können von den betheiligten Ministerien Instruktionen erholen oder erhalten, welche sie zu befolgen verpflichtet sind. Von der Bestimmung des ersten Entwurfs, zu jeder Verhandlung einen Beamten abzuordnen, hat die Staats-Regierung abgesehn. (Art. 27.)

Die Entscheidung erfolgt durch einen aus fünf Mitgliedern mit Einschluß des Vorsitzenden bestehenden Senat. (Art 28.)

Der General-Staatsanwalt oder sein Vertreter muß bei jeder zur Verhandlung kommenden Sache auf Verlangen mit seiner Aeußerung

[8]) Eine wesentliche Abänderung des ersten Entwurfs, welcher vorschrieb: „Behufs der Vertretung des öffentlichen Interesses ist von den Verhandlungs-Tagsfahrten unter Mittheilung der Akten dem einschlägigen Staats-Ministerium

gehört werden. Der Gerichtshof kann die Verlesung der von den Betheiligten rechtzeitig eingereichten Denkschriften (Art. 21) beschließen. (Art. 29.)

Der Verwaltungs-Gerichtshof übt die dienstliche Aufsicht über die Verwaltungs-Gerichte erster Instanz im Benehmen mit dem Ministerium beziehungsweise der Kreis-Regierung. (Art. 32.)

Die dienstliche Aufsicht über den Verwaltungs-Gerichtshof und dessen Mitglieder steht dem Ministerium des Innern in derselben Weise zu, wie dem Justizministerium die Aufsicht über das Oberappellations-Gericht und dessen Mitglieder. (Art. 33.)

Ist über eine Rechtsfrage zweimal auf ungleichförmige Weise entschieden, so gelangt die Sache zur Berathung und Entscheidung in geheimer Plenarsitzung. Dasselbe findet statt, wenn ein Senat sich für eine Rechtsansicht erklärt, welche früheren Entscheidungen widerspricht oder davon abweicht. (Art. 34.)

Ein nach Art. 34 gefaßter Plenarbeschluß nimmt die Natur eines Präjudizes im Sinne des baierischen Landrechts an, insolange nicht eine authentische Auslegung im Wege der Gesetzgebung zu Stande kommt. (Art. 35.) [9])

Anzeige zu erstatten, welches einen Beamten seines Ressorts abzuordnen befugt ist."

Eine Vertretung des öffentlichen Interesses durch besondere Organe bei den Verwaltungs-Gerichten erster Instanz ist nicht für nothwendig erachtet.

Das badische Verwaltungs-Gesetz vom 5. Oktbr. 1863 enthält im §. 17 eine ähnliche Vorschrift, wie die vorstehende des ersten baierischen Entwurfs. Die Ueberflüssigkeit einer s. g. Vertretung des Staatsinteresses als Nebenpartei im Verwaltungsstreite hat sich jedoch nach den Erfahrungen in Baden in ganz eklatanter Weise dargethan. Deshalb hat das badische Ministerium des Innern in einem Erlaß vom 1. Juli 1868 angeordnet, daß nur in wichtigeren Rechtsfragen von praktischem Belang, in Fällen die auf der Grenzlinie zwischen Verwaltung und Verwaltungs-Rechtspflege stehen, und wo es sich um Zuständigkeit der Verfügungen der Verwaltungs-Behörden handelt, ein Vertreter des Ministeriums zu den Verhandlungen des Verwaltungs-Gerichtshofs zugezogen werden solle. cf. über die Frage den Aufsatz des Geh. R. Schmitt: „Die Vertretung des Staatsinteresses im Verwaltungs-Rechtsstreite" in der Zeitschrift für badische Verwaltung ꝛc. Nr. 10. u. 11. de 1871. Der Verf. kommt in seinen praktischen Erörterungen ebenfalls zu dem Resultate, daß nur eine Vertretung der Verwaltung als Hauptpartei erforderlich, die Organisation einer eignen Staats-Anwaltschaft für die Verwaltungs-Streitigkeiten nicht passend, ganz verwerflich aber die Einrichtung sei, wonach der Vorsitzende des Gerichts selbst auch die Verwaltung vertreten solle.

[9]) Die Bestimmung ist nachgebildet dem Ges. vom 17. Novbr. 1837 über die Verhütung ungleichförmiger Erkenntnisse bei dem obersten Gerichtshofe in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten.

Zur Fassung eines Plenar-Beschlusses ist die Anwesenheit von zwei Drittheilen der sämmtlichen Kollegial-Mitglieder erforderlich. Der General-Staatsanwalt oder dessen Stellvertreter hat das Recht, der Plenarsitzung beizuwohnen, und mit seiner Aeußerung gehört zu werden. (Art. 36.)

Nach Art. 37—41 Abschn. V. entscheiden Kompetenz-Konflikte:

a. zwischen Gerichts- und Verwaltungs-Behörden der nach Art. I. des Ges. vom 28. Mai 1850 eingesetzte oberstrichterliche Senat, jedoch mit Ersetzung von dreien seiner Räthe durch drei vom Plenum des Verwaltungs-Gerichtshofs auf drei Jahre gewählte Räthe des Verwaltungs-Gerichtshofs,

b. zwischen Verwaltungsuntergerichten der Verwaltungsgerichtshof,

c. zwischen Verwaltungs-Gerichten beider Instanzen einerseits und Verwaltungs-Behörden oder Stellen andererseits, ein beim Verwaltungs-Gerichtshof gebildeter Senat, bestehend aus einem Vorstand, drei hierzu auf drei Jahre im Plenum gewählten Räthen des Verwaltungs-Gerichtshofs und drei vom Könige bestimmten höheren Verwaltungs-Beamten. [10])

Wir berühren kurz noch die Haupt-Gründe, welche, in ihrer Gesammtheit, zur Verwerfung des an sich wohl annehmbaren und entwickelungsfähigen Gesetzentwurfs Veranlassung gegeben haben. In dem Plenum der Abgeordneten-Kammer kam nur der Art. I. zur Abstimmung, welcher von dem Wirkungskreis der Verwaltungs-Gerichte handelt; und da derselbe den Kardinal-Punkt bildete, so fiel mit der Verwerfung das ganze Gesetz. Bei der allgemeinen Diskussion war man mit den Grundgedanken des Entwurfs: Trennung der Verwaltungs-Rechtspflege von der Verwaltung, völlig einverstanden. Auch erklärte man sich gegen die Absicht, die Regierungs-Gewalt vor den Verwaltungs-Gerichtshof zu stellen. Vielmehr sollten Verfügungen, die dem Bereiche der Regierungs-Gewalt, dem freien administrativen Ermessen angehören, wie bisher, ausschließlich der Prüfung der Regierungs-Organe angehören. Aber an der Grenze des administrativen Ermessens beginnt nach dem

[10]) Diese Bestimmung ist jedenfalls der badischen Gesetzgebung vorzuziehen, welche dem Verwaltungs-Gericht gegenüber ebenfalls einen Kompetenz-Konflikt seitens der Verwaltung zuläßt, dessen Entscheidung aber der Verwaltung selbst, nämlich dem Staats-Ministerium überträgt. Diese Vorschrift wird mit Recht als eine der Schattenseiten der badischen Verwaltungs-Rechtspflege bezeichnet (cf. Geh. Rath Schmitt in der Zeitschr. für badische Verwaltung ꝛc. S. 165, de 1870).

Praktische Bedeutung hat jedoch die Bestimmung über die Kompetenz-Konflikte in Baden nicht gehabt. Wie der Präsident des Verwaltungs-Gerichtshofs Edel in seinen statistischen Berichten bezeugt, haben weder in den Jahren 1869 und 1870 noch

Ausschußbericht das Recht und Bedürfniß einer unparteiischen gründlichen und gleichmäßigen Rechtspflege. Daher müsse für Verfügungen, die das Rechtsgebiet berühren, ein den Rechtsschutz sichernder Instanzenzug bestehen. Der Ausschuß-Bericht stellt überhaupt zur Begrenzung des Wirkungskreises der Verwaltungs-Behörden folgende Kategorien auf:

1) die Verwaltung greift in die Privatrechtssphäre der Einzelnen ein, um ihnen im öffentlichen Interesse entweder Beschränkungen oder positive Leistungen aufzulegen (z. B. Beschränkungen der Erwerbs-, der Aufenthalts-, der Preßfreiheit, die Zwangsenteignung, die Belegung mit Steuern, Quartierlasten, Gemeinde-Umlagen rc.);
2) sie entscheidet über die dem Einzelnen als einem mitwirkenden Gliede der Gesammtheit zustehenden Befugnisse (hierher gehören größtentheils die Wahlrechte in ihren verschiedenen Abstufungen, die Ansprüche des Einzelnen an dem Mitgenusse des öffentlichen Eigenthums und der öffentlichen Anstalten, über die Rechte und Verbindlichkeiten aus der Führung eines öffentlichen Amts, soweit nicht die civilgerichtlichen Zuständigkeit eingreift);
3) sie entscheidet über die persönliche Eigenschaft des Einzelnen, von welcher seine öffentlichen Rechte und Pflichten in der einen oder anderen Richtung (1 u. 2) abhängig sind, also über Besitz und Erwerb des Indigenats- und Staatsbürger-Rechts, des Heimaths- und Gemeindebürger-Rechts;
4) sie entscheidet endlich in gewissen Streitigkeiten zwischen Privatpersonen, die ihrer rechtlichen Natur nach dem Bereiche der Civil-Rechtspflege angehören, jedoch durch Gesetz oder Praxis in Folge einer irrigen theoretischen Anschauung oder aus Zweckmäßigkeits-Gründen, dem Wirkungskreise der Verwaltung zugewiesen sind.

Für dieses ganze Gebiet sub 1–4 nimmt der Ausschuß die Kompetenz der Verwaltungs-Gerichte in Anspruch.

Deshalb sollen u. a. dahin gezogen werden: Beschwerden in Preß-

---

in den vorausgegangenen Jahren Kompetenz-Konflikte der Verwaltungs-Behörde, sei es mit den bürgerlichen Gerichten oder mit den Verwaltungs-Behörden stattgefunden. Ebenso wenig ist von einem Bezirks-Amtmann gegen eine Entscheidung des Bezirks-Raths aus Gründen des öffentlichen Interesse ein Rekurs an den Verwaltungs-Gerichtshof ergriffen worden (cf. Zeitschr. für badische Verwaltung rc. de 1869 S. 21 und de 1870, S. 33).

Vereins- und Ausweisungs-Sachen; Beschwerden darüber, daß die gesetzlichen Grenzen des Aufsichtsrechts über die Gemeinden überschritten worden seien, desgleichen die Haftung aller öffentlichen Beamten bezüglich aller ihrer Amtshandlungen und Dienstverrichtungen. Gerade bei diesen Rechtsfragen von politischer Tragweite fehlt, nach der Ansicht des Ausschusses, den Verwaltungs-Beamten die politische Unbefangenheit, und seien sie darum der Versuchung ausgesetzt, administrativen Rücksichten das Recht zu opfern.

Der Vertreter der Staats-Regierung bewegte sich dagegen auf einem abweichenden Standpunkte, und suchte aus praktischen, politischen und sachlichen Gründen die Anschauungen der Gegner zu widerlegen. Das Recht der Beschlagnahme und deren eigene Ausführung müsse die Staats-Regierung für ihre Zwecke unentbehrlich erachten. Sie sehe in diesem Recht gewissermaßen ein Nothrecht, welches ihr zur Verhütung zu weit gehender Mißbräuche und vorkommenden Falls selbst im Interesse der Erhaltung des Staats eingeräumt sei. In solchen Fällen handle es sich nicht darum, daß es genüge, wenn hinterher strafrechtliche Einschreitung Platz greife, vielmehr sei es nothwendig, daß sofort gehandelt werde. Aehnlich sei es sich im Vereinsleben; auch hier könnten Ereignisse, Zusammensetzungen, Gestaltungen eintreten, welche nicht allein für die Staats-Regierung, sondern auch für den Staat selbst von höchst bedrohlicher Natur seien. Auch hier müsse die Regierung eine gewisse Macht haben, um im entscheidenden Augenblick handeln zu können.

Bei den Verfügungen in Gemeindesachen ferner würden in vielen Fällen konkrete gemeindliche Verhältnisse in Betracht kommen. Die Frage des Rechts liege in solchen Fällen nicht so nackt, so unausgeschieden da, daß sie mit voller Sicherheit von der der Zweckmäßigkeit herausgegriffen werden könne. Vielmehr sei hier die Rechtsfrage mit anderen materiellen Verhältnissen verbunden, deren Trennung rein unmöglich sei. Auch die Ausdehnung der Kompetenz für die Haftungsfrage der Beamten erscheine unzulässig; denn in den meisten Fällen lasse sich diese Frage von der Disciplinar-Gewalt, deren Bestandtheil sie sei, nicht trennen. Die vom Ausschuß beschlossene Fassung werde häufig Konflikte zwischen den Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichten hervorrufen, die im Interesse der Autorität beider Organe möglichst zu vermeiden seien.

Ein weiteres Bedenken fand der Gesetzgebungs-Körper in der ungleichartigen Besetzung der Verwaltungs-Gerichte. Es sei eine eigenthümliche Komposition, wenn man für einen Theil der 52 Gegenstände, die der Art. I. als zur Kompetenz des Verwaltungs-Gerichts aufzählt,

in erster Instanz ein Gericht konstituire, das aus dem Bezirksamt und vier Schöffen bestehe, und für den anderen Theil ein Gericht, welches lediglich mit rechtskundigen Verwaltungs-Beamten besetzt sei; wenn man ferner für die zweite Instanz ein Gericht organisire, welches aus rechtskundigen und zugleich selbstständigen Richtern gebildet sei. Eine solche Gerichtsverfassung nehme sich wie eine Musterkarte aus.

Auch die Qualifikation der Beisitzer (Schöffen) kam zur Sprache. Allerdings ist staatsrechtliche, politische und wirthschaftliche Bildung eine unerläßliche Voraussetzung für die Organe der Verwaltungs-Rechtspflege. Die Staatsregierung hegte jedoch das Vertrauen, daß diese bürgerlichen Elemente den ihnen zu übertragenden Funktionen ebenso gewachsen sein würden wie in Baden, wie in anderen Sphären die Geschworenen, Bürgermeister und Gemeinde-Bevollmächtigten, sowie die Mitfaktoren der Gesetzgebung. Die Reorganisation der Verwaltungs-Gerichtsbarkeit werde dazu beitragen, das Rechtsbewußtsein im Volke zu stärken und zu schärfen, die Kenntnisse der Gesetze zu verbreiten. In Folge dessen werde in die ganze Verwaltung, selbst in Dingen, die der Verwaltungs-Gerichtsbarkeit nicht angehörten, eine regere und frischere, den Interessen der Staatsverwaltung besser entsprechende Handhabung hineingebracht werden.

Auch hervorragende Kammer-Mitglieder waren von ähnlichen Anschauungen durchdrungen und fern von der Besorgniß, daß die Beisitzer als bloße „Nullen" und „Strohmänner" in den Sitzungen figuriren möchten. Vielmehr sei zu erwarten, daß dieselben mit einer gewissen Ebenbürtigkeit neben den Bezirks-Amtmännern zu urtheilen im Stande sein würden.

Aus dem Umstande, daß die mittelalterlichen Schöffen untergegangen seien, könne kein Moment entnommen werden, um über die neue Organisation den Stab zu brechen. Die alten Schöffen seien abgefallen durch die Verbreitung der Herrschaft des römischen Rechts. Damals wäre die Fähigkeit der Rechtsbildung im deutchen Volke mehr und mehr erstorben. Die römischen doctores juris utriusque hätten die Schöffen verdrängt, und das deutsche Nationalrecht ruinirt. Nichts sei feindlicher dem natürlichen und gesunden Recht, als der rechtsgelehrte Jurist. — Jetzt sei es anders. Unsere Rechtswissenschaft habe sich immer mehr emanzipirt von der ausschließlichen Herrschaft des römischen Rechts. Die neuere Rechtsbildung und Gesetzgebung werde immer mehr von einheimischen Rechtsgrundsätzen beherrscht. Darum sei nicht daran zu zweifeln, daß dem neuen Rechte gegenüber auch die Fähigkeit des Volks, an der Rechtssprechung sich zu betheiligen, wieder erwachen werde.

Von anderer Seite dagegen wurde auf die schwierige Stellung der Beisitzer aufmerksam gemacht. Das Vordringen der Selbstverwaltung in die Beamtenstuben sei nicht unter allen Umständen als ein Gewinn zu begrüßen. Für die Ausdehnung der Ehrenämter auf diesem Gebiete gebe es bestimmte Grenzen, deren Ueberschreitung sich bitter strafen könnte. Die Organe der Selbstverwaltung dürften erstens mit öffentlichen Funktionen nicht überhäuft, und zweitens für keine Aufgabe in Anspruch genommen werden, der sie nicht gewachsen seien. Den Entwurf könne leicht der Vorwurf treffen, nach beiden Seiten hin gegen diese Kardinalprinzipien zu verstoßen. Mit den Verwaltungsgerichten sei der Berufskreis der bürgerlichen Ehrenämter keineswegs abgeschlossen. Vielmehr sei diese Institution gleichsam nur als die Spitze der neuen Organisation auf dem Gesammtgebiete der innern Verwaltung zu betrachten. Hierbei werde es darauf ankommen, durch eine erweiterte Kompetenz der Distrikts- und Landräthe, dem bürgerlichen Element einen entsprechenden Antheil an den Geschäften der Staatsverwaltung zuzuweisen. Würden diese umfassenden Reformen in's Leben treten, dann würde sich die Gefahr einer Ueberhäufung sehr fühlbar machen, und es könne darum durch das vorliegende Gesetz der künftigen von Grund aus vorzunehmenden Reorganisation in wesentlichen Fragen präjudizirt werden.

Es wurde ferner sehr treffend geltend gemacht, daß eine Parallele mit den Geschworenen nicht am Orte sei, um einen Maßstab für die Befähigung der Schöffen bei der Entscheidung von Verwaltungsstreitigkeiten anzulegen. Es sei ein Unterschied, ob man einen Wahrspruch zu fällen habe, dem keine Entscheidungs-Gründe zu unterstellen seien, und gegen den eine Beschwerde nicht zustehe, oder ob man in einer administrativen Streitsache einen Beschluß zu fassen habe, den man motiviren müsse, und dessen Gründe die Prüfung einer höheren Instanz von rechtskundigen Richtern auszuhalten hätten. Nach den Kompetenz-Bestimmungen des Art. I. des Entwurfs könne es häufig vorkommen, daß die subtilsten Rechtsfragen im Zusammenhange mit dem verwickeltesten Thatbestand ihre Lösung vor dem Verwaltungsrichter fänden. Dem rechtsunkundigen Beisitzer sei es hier einfach unmöglich, sich unvorbereitet im raschen Gange der Verhandlung ein selbstständiges Urtheil zu bilden, namentlich in denjenigen Sachen, wo nur ein oder gar kein Anwalt auftrete. Hier seien die Beisitzer in die peinliche Alternative versetzt, das Votum ihres Vorsitzenden entweder blindlings anzunehmen oder blindlings zu verwerfen. Dadurch werde ihre Stellung kompromittirt und ihnen verleidet. Bei der Unmöglichkeit sich durch die

Dutzende von Foliobänden durchzuarbeiten, in welchen die Verwaltungsnormen zerstreut sind, sei das aus Rechtsunkundigen zusammengesetzte Richterkollegium darauf angewiesen, mehr ex aequo et bono, als nach dem strengen Buchstaben des Gesetzes zu urtheilen. Wenn es bei den Entscheidungen dieser equity jurisdiction bliebe, so könnte vielleicht die Hoffnung nicht unbegründet sein, daß aus dem fortwährend zur Anwendung gebrachten gesunden Menschenverstand ein neues und besseres Verwaltungsrecht emporwachse. Aber wie ein feindliches Damoklesschwert schwebe über diesem gesunden Menschenverstand die höhere Instanz, gebildet aus fünf rechtsgelehrten Richtern, die ihrem Berufe nach überall, wo die von den Beisitzern gehandhabte Billigkeitsjustiz mit den positiven Satzungen im Widerspruch stehe, die erste Entscheidung abzuändern und für ungerechtfertigt zu erachten hätten. Hiernach müsse sich zwischen der Rechtssprechung der ersten Instanz und jener der zweiten Instanz ein unlöslicher innerer Widerspruch ergeben.

Auch gegen die Organisation der zweiten Instanz wurden Bedenken erregt. Es wurde zwar anerkannt, daß die Centralisirung der zweiten Instanz für das ganze Land unstreitig ihr Gutes habe. Diese Einrichtung biete insbesondere das einfachste Mittel dar, die Gleichförmigkeit der verwaltungsrechtlichen Praxis zu befördern. Es frage sich aber sehr, ob man wohl daran thue, für einen Staat von dem Umfange und der territorialen Gestaltung des Königreichs Baiern die erste Berufsinstanz in der abseits gelegenen Hauptstadt zu centralisiren. Diese Einrichtung mit ihren unvermeidlichen Folgen könne möglicher Weise in kurzer Zeit einfache und begründete Unzufriedenheit erregen. Die Frage, ob die erwähnten Vortheile nicht auf einem andern Wege zu erreichen etwa dadurch, daß der Schwerpunkt der Entscheidung in die Provinzialbehörden, umgeben von Organen der Selbstverwaltung gelegt werde, ist in den baierischen Kammern nicht zur Diskussion gekommen.

Diese Aphorismen mögen genügen, um unsere Leser zu überzeugen, daß gerade jetzt, wo auch bei uns in Preußen[11]) umfassende Reformen auf dem Gebiete der innern Verwaltung bevorstehen, die baierische Vorlage über die Verwaltungs-Gerichtsbarkeit von allgemeinem Interesse sein muß.

---

[11]) Der durch Allerhöchste Ermächtigung vom 20. Decbr. 1871 dem Preuß. Landtage vorgelegte Entwurf der Kreisordnung und die hierüber stattgehabten Berathungen des Abgeordnetenhauses sind bei vorstehendem Aufsatz noch nicht berücksichtigt.

VII.

Beurtheilung der, die Exekutionsprivilegien betreffenden §§. 612 u. 660 des Entwurfs einer deutschen Civilprozeßordnung.

Von Herrn Appellationsgerichts-Rath v. Kräwel zu Naumburg.

Kein Gesetzgeber ist im Stande mit Sicherheit die praktischen Folgen seines Gesetzes vorauszusehen. Einmal ist der Rahmen des Gesetzes so weit, daß häufig Fälle in denselben passen, an welche der Gesetzgeber nicht gedacht hat, und auf welche die Gründe, welche das Gesetz veranlaßten, gar keine Anwendung finden. Ferner werden aber in der Praxis die Worte des Gesetzes nicht selten in einem Sinne ausgelegt, welchen der Gesetzgeber in die gebrauchten Worte nicht hineinlegen wollte.

Ist daher der Gesetzgeber in der glücklichen Lage, daß er die Erfahrungen und die Mißgriffe der Praxis bei Erlaß seines Gesetzes benutzen kann, so darf er dies nicht unterlassen. Dennoch scheint dies bei Abfassung der beiden zu besprechenden §§. der Fall gewesen zu sein.

Es lautet zunächst §. 660 des neuesten Entwurfs von 1871:

Der Pfändung sind nicht unterworfen:

1) der Arbeits- oder Dienstlohn nach den Bestimmungen des Reichsgesetzes vom 21. Juni 69;
2) die auf gesetzlicher Vorschrift beruhenden Alimentenforderungen;
3) die fortlaufenden Einkünfte, welche ein Schuldner aus Stiftungen oder sonst auf Grund der Fürsorge u. Freigebigkeit eines Dritten bezieht, insoweit der Schuldner zur Bestreitung des nothdürftigen Unterhalts für sich, seine Ehefrau und seine noch unversorgten Kinder dieser Einkünfte bedarf, und nicht im Stande ist, diesen Unterhalt auf eine seinen Verhältnissen angemessene Art selbst zu erwerben;

4) die aus Kranken-, Hülfs- oder Sterbekassen, insbesondere aus Knappschaftskassen und Kassen der Knappschaftsvereine zu beziehenden Hebungen;
5) die Wittwen- und Waisenpensionen, die Erziehungsgelder und Studienstipendien, sowie die Pensionen invalider Arbeiter;
6) der Sold und die Invalidenpensionen der Unteroffiziere und der Soldaten;
7) das Diensteinkommen der Militairpersonen, welche zu einem mobilen Truppentheil oder zur Besatzung eines in Dienst gestellten Kriegsfahrzeugs gehören;
8) das Diensteinkommen der Offiziere, der Beamten, der Geistlichen und der Lehrer an öffentlichen Unterrichtsanstalten, sowie die Pension dieser Personen nach deren Versetzung in einstweiligen oder dauernden Ruhestand. Uebersteigt das Diensteinkommen oder die Pension die Summe von 500 Thlrn. für das Jahr, so ist der **fünfte** Theil des Mehrbetrags der Pfändung unterworfen.

   Die Einkünfte, welche zur Bestreitung eines Dienstaufwandes bestimmt sind, und der Servis der Offiziere und Militärbeamten sind weder der Pfändung unterworfen, noch bei der Ermittelung, ob und zu welchem Betrage ein Diensteinkommen der Pfändung unterliege, zu berechnen.

Dieser §. stimmt überein mit dem §. 1010 des norddeutschen Entwurfs vom Jahre 1870. Letzterer enthält nur unter Nr. 8 einen Zwischensatz, den der neueste Entwurf fortgelassen hat. Davon das Weitere bei Besprechung von Nr. 8.

Wir beschäftigen uns zuerst mit

Nr. 3.

Diese Bestimmung ist dem §. 434 der preuß. Konkursordnung entnommen, welcher nur insofern anders lautet, als er beginnt:

> Fortlaufende Einkünfte, welche ein Schuldner nicht durch lästigen Vertrag erworben hat, sondern aus Stiftungen oder sonst u. s. w., wie §. 660 Nr. 3.

Dieser im §. 660 Nr. 3 fortgelassene Zusatz ändert jedoch die gesetzliche Vorschrift des §. 434 im Wesentlichen nicht.

Nun sind aber über Anwendung des §. 434 der Konkursordnung erhebliche Zweifel entstanden.

1) In dem Bd. 46 S. 356 folg. der Entscheidungen des Obertribunals erwähnten Falle war der Schuldnerin bei Einleitung der Sequestration ihrer Güter eine jährliche Kompetenz von 600 Thlrn. von den Realgläubigern ausgesetzt. Ein Personalgläubiger nahm diese Kompetenz im Wege der Exekution in Beschlag. Die Schuldnerin klagte auf Freigebung der Kompetenz, als eines ihr aus der Fürsorge und Freigebigkeit ihrer Gläubiger zufließenden Einkommens, und behauptete, daß sie diese Kompetenz zu ihrem nothdürftigen Unterhalt bedürfe, auch nicht im Stande sei, ihren Unterhalt auf eine ihren Verhältnissen angemessene Art zu erwerben.

Die Klägerin ist aber in allen 3 Instanzen abgewiesen. Das Obertribunal führte aus: Eine Freigebigkeit liege nicht vor, weil die Realberechtigten von ihrem eigenen Vermögen nichts hergegeben hätten. Sie hätten nur auf ein zwar angefallenes, aber noch nicht auf sie übergegangenes Recht verzichtet. Eine Freigebigkeit wäre nur anzunehmen, wenn die Realgläubiger sich die jährliche Hebung der Kompetenz auf ihre Forderung nach Maßgabe der gesetzlichen Vertheilung anrechnen ließen, und bestimmt hätten, daß sie für ihre eigene Rechnung an die Schuldnerin abgeführt werden solle. Jetzt erhebe die Schuldnerin die Kompetenz aus ihrem eigenen Vermögen, weil diesen Theil desselben die Realgläubiger außer Angriff gelassen haben, obwohl sie sich daran halten konnten.

Die Schuldnerin verkenne auch die ratio legis. Wer einen Theil des eigenen Vermögens opfert, um freigebig und fürsorglich einen Anderen zu unterstützen, der hat billig Anspruch darauf, daß die wohlthätige Absicht seiner Zuwendung durch die Härte der Gläubiger des Bedachten nicht vereitelt werde, auch wenn ihrem Angriffe durch ausdrückliche, der Zuwendung beigefügte Einschränkungen nicht vorgebeugt ist. Das Gesetz schützt wohlthätige Zuwendungen nicht blos um des Wohlthuens und um des Mitleids willen, sondern weil der Stifter und Spender befugt gewesen wäre, durch ausdrückliche Dispositionen Dritten die Verkümmerung der Zuwendung unmöglich zu machen. In solcher Lage befindet sich aber nicht derjenige, welcher, ohne von eigenem Besitze etwas aufzugeben, gegen seinen Schuldner nur nachsichtig ist; indem er dem Schuldner nichts giebt, sondern vorläufig nur nichts nimmt, befindet er sich außer Stande, andere Gläubiger zu gleicher Nachsicht wirksam zu zwingen.

Gegen den 1. Theil dieser Ausführung ist zu erinnern, daß auch darin eine Fürsorge und Freigebigkeit zu finden ist, wenn Jemand ohne gesetzliche Verpflichtung von seinem Rechte, einem anderen einen Vermögensvortheil zu entziehen, zu seinem eigenen Nachtheile keinen Gebrauch macht, und dem anderen jenen Vermögensvortheil aus keinem anderen Grunde als dem der Liberalität überläßt.

Ueberdies haben die Realgläubiger nur zu Gunsten der Schuldnerin, nicht aber zu Gunsten ihrer Personalgläubiger auf Vertheilung der zur Kompetenz ausgesetzten 600 Thlr. verzichtet.

Ganz unrichtig ist aber die ratio legis, welche das Obertribunal dem §. 434 unterlegt. Man weiß nicht, wie das Obertribunal zu der angegebenen ratio legis gekommen ist. Nach den Vorarbeiten zur Konkursordnung war die ratio legis eine ganz andere. Die Motive zum Entwurf der Konkursordnung sagen: man habe die Kompetenz, welche dem Schuldner gegen alle seine Gläubiger aus fortlaufenden Einkünften zusteht (§§. 27 folg. I. 49 A.G.-O.), auf solche Einkünfte beschränkt, welche der Schuldner durch die Fürsorge und Freigebigkeit anderer genießt, weil bei der Allgemeinheit, in welcher die A. G.-O. die Kompetenz bewilligt, der Schuldner es in seiner Macht hat, durch willkürliche Verwandlung seines Vermögens in Rente den Gläubigern eine Kompetenz abzunöthigen.

Indem man die Kompetenz auf solche Einkünfte beschränkte, welche der Schuldner nur durch die Freigebigkeit eines Dritten bezieht, wollte man also den Gläubiger nur gegen böswillige Dispositionen des Schuldners schützen. Eine solche liegt hier keineswegs vor. Das Obertribunal hat also der Schuldnerin gegen die Absicht des Gesetzgebers die Kompetenz entzogen. Der Gesetzgeber ist jedoch nicht ohne Schuld an diesem Mißgriff. Man hätte es im Wesentlichen bei den Vorschriften der A. G.-O. belassen sollen.

§. 27 I. 49 der A. G.-O. gewährt die Rechtswohlthat der Kompetenz den Schuldnern, welche eine Präbende, oder gewisse jährliche Hebungen und Einkünfte, die an ihre Lebenszeit gebunden sind, zu genießen haben, und rechtfertigt dies damit, weil des Gläubigers eigenes Interesse erfordert, daß der Schuldner am Leben bleibe, der Gläubiger also für des Schuldners nothdürftigen Unterhalt sorgen müsse.

Ganz richtig legt die A. G.-O. darauf das Gewicht, daß die Hebungen an die Lebenszeit des Schuldners gebunden sein müssen.

Es ist unerklärlich, weshalb man aus dem §. 434 dies einfache und charakteristische Merkmal fortgelassen hat.

Auch rechtfertigt das in den Motiven zur Konkursordnung angegebene Motiv den verordneten Fortfall der Kompetenz bei lebenslänglichen Hebungen, die auf einem lästigen Vertrage beruhen, keineswegs. Sind die Gläubiger durch das lästige Geschäft, z. B. den Altentheilsvertrag wirklich benachtheiligt, so steht ihnen ja die Anfechtung nach den für diesen Fall gegebenen Gesetzen frei. Das Gesetz geht viel zu weit, wenn es bei derartigen Geschäften ein für alle Mal annimmt, der Schuldner habe durch dasselbe seine Gläubiger benachtheiligen wollen.

Man darf nicht außer Acht lassen, daß dem Schuldner nur soviel von seinen lebenslänglichen Hebungen gelassen werden soll, als er zu seinem nothdürftigen Unterhalte bedarf.

Andere Zweifel entstanden:

2) in dem Bd. 33 S. 18 folg. in Striethorsts Archiv erwähnten Falle. Der Schuldnerin war von ihrem Vater der lebenslängliche Zinsgenuß eines Kapitals ausgesetzt. Sie beanspruchte ihren Gläubigern gegenüber die Kompetenz auf Grund des §. 434 a. a. O. Das Appellationsgericht wies sie ab,

a. weil die im Gesetz gedachten „fortlaufenden Einkünfte" eigentliche Renten, d. h. Hebungen seien, welche nicht von einem dem Schuldner zuständigen Kapital kämen. Auf Zinsen eines der Klägerin gehörenden, obwohl ihrer Disposition entzogenen Pflichttheils, finde §. 434 keine Anwendung.

Das Obertribunal entschied sich für die entgegengesetzte Ansicht.

Die Worte des §. 434 geben so wenig, wie §. 660 Nr. 3 des neuesten Entwurfs einen festen Anhalt für Beantwortung dieser Frage. Lautete aber das Gesetz dahin:

„Fortlaufende Einkünfte, welche an die Lebenszeit des Schuldners gebunden sind," u. s. w.

so würde schon der Appellations-Richter wie das Obertribunal erkannt haben.

b. ferner bestritt das Appellationsgericht, daß Freigebigkeit vorliege, weil der Schuldnerin nur das Pflichttheil von ihrem Vater ausgesetzt worden. Das Obertribunal sprach der Klägerin die Kompetenz zu, weil die im §. 434 hervorgehobene Negative der Abwesenheit eines lästigen Vertrages als Erwerbstitel hier Platz greife.

§. 660 Nr. 3 des neuesten Entwurfs will aber gerade diese Negative, auf welche sich das Obertribunal stützt, fortlassen.

So führt dies der Absicht des Zuwenders entnommene schwankende Kriterium der „Fürsorge und Freigebigkeit" zu schiefen Urtheilen. Ein dritter Fall wird noch unten bei Nr. 8 besprochen. Daher empfiehlt es sich zu den Bestimmungen der A. G.-O. zurückzukehren und den Anfang des §. 660 Nr. 3 dahin zu fassen:

3) die fortlaufenden Einkünfte, welche ein Schuldner auf seine Lebenszeit bezieht, insoweit der Schuldner ....

Der neueste Entwurf enthält ferner eine Lücke, indem er den §. 435 der preuß. Konkursordnung, welcher lautet:

Die nachbezeichneten Gläubiger sind verpflichtet, ihrem Schuldner, ohne Unterschied des Gegenstandes der Exekutionsvollstreckung, eine Kompetenz zu bewilligen:

1) Verwandte des Schuldners in aufsteigender und absteigender Linie;
2) vollbürtige und halbbürtige Geschwister des Schuldners;
3) der Ehegatte des Schuldners während der Ehe.

Diese Verpflichtung fällt jedoch weg, wenn es im Falle der Bewilligung der Kompetenz dem Gläubiger selbst an dem nöthigen Unterhalte fehlen würde, oder wenn der Schuldner im Stande ist, seinen Unterhalt auf eine seinen Verhältnissen angemessene Art selbst zu erwerben,

ganz fortläßt und im §. 612 bestimmen will:

Die landesgesetzlichen Vorschriften über die Rechtswohlthat der Kompetenz, soweit sie sich nicht auf den Konkurs und die Güterabtretung beziehen, treten außer Kraft.

Die Motive rechtfertigen dies S. 448 damit, daß selbständig verfolgbare, von dem Schuldverhältnisse unabhängige Ansprüche auf Gewährung des Unterhalts durch §. 612 nicht aufgehoben würden, sie könnten auch die Zwanksvollstreckung hindern.

Bei Berathung des norddeutschen Entwurfs, dessen §. 926 wie der vorstehende §. 612 lautet, wurde nach S. 2000 der Protokolle zwar von einer Seite empfohlen, die Geltendmachung der Kompetenzwohlthat, sofern diese ans bestimmten Privatrechtsverhältnissen entspringe, in der Exekutionsinstanz nicht mehr zuzulassen, da diese Rechtswohlthat ebensowohl bereits im Laufe des Prozesses geltend gemacht werden könne. Andererseits erwiederte man, daß dadurch häufig nutzloser Weise, nämlich wenn eine Kondemnation schließlich nicht erfolge, die Prozesse ver-

weitläuftigt würden. Die Frage nach den Voraussetzungen und dem Antrage der Kompetenz entstehe in der That erst bei der Vollstreckung und könne nur nach der dermaligen Sachlage beantwortet werden. Auch bestehe zwischen dem aus Verwandtschaftsverhältnissen entspringenden beneficium competentiae und den sogenannten Kompetenzwohlthaten des öffentlichen Rechts (für Beamte u. s. w.) eine naheliegende Analogie.

Man beschloß die Kompetenzwohlthat, wenn deren Geltendmachung nicht die Abweisung des klägerischen Anspruchs als unbegründet bezwecke, noch in der Exekutionsinstanz zuzulassen.

Als man jedoch später, S. 2015 der Prot., die Berathung wieder aufnahm, äußerte der Referent Bedenken gegen die Bestimmung der Kompetenzfälle in der Weise des §. 435 der preuß. Konkursordnung, da dieselben mehr oder weniger mit Vorschriften des bürgerlichen Rechts, insonderheit über die Alimentationspflicht zusammenhingen. Letzteres wurde von anderer Seite unter Anführung gemeinrechtlicher Beispiele in Abrede gestellt, indem man im Interesse der Rechtseinheit die gemeinsame Regelung der vorliegenden, überwiegend prozeßrechtlichen Materie, und zwar die Abschaffung der Kompetenzwohlthat nach Vorgang des sächs. Civilgesetzbuchs, befürwortete. Dies ist denn auch beschlossen, dabei aber als selbstverständlich bemerkt, daß durch diese Abschaffung die Vorschriften über die gesetzliche Alimentationspflicht nicht berührt würden, und daß deren Geltendmachung mittelst exceptio doli (dolo facit, qui petit, quod redditurus est) nicht ausgeschlossen werde.

Man hätte aber doch Bedenken tragen sollen, diese Rechtswohlthat so ohne Weiteres abzuschaffen, denn sie bildet einen wesentlichen Theil des gemeinen deutschen und preußischen Prozesses. Wegen dieser prozessualischen Natur der Rechtswohlthat schweigt auch das sächsische bürgerliche Gesetzbuch über sie. Ebenso das A. L.-R. Indem der Schuldner wegen seiner nahen Verwandtschaft mit dem Gläubiger die Kompetenz beansprucht, erhebt er nicht einen Einwand gegen die materielle Gültigkeit des Anspruchs, also auch keinen Einwand, welcher des Klägers Forderung mindert. Der Schuldner will nur soweit geschützt sein, daß ihm bei der Vollstreckung des Erkenntnisses nicht auch dasjenige genommen werde, was er zu seinem nothdürftigen Unterhalte bedarf. Dies Hinderniß der Vollstreckung verschwindet, sobald der Schuldner in eine bessere Lage kommt. Indem der Schuldner sich auf dies beneficium competentiae beruft, macht er nur, wie ihm nach §. 601

des neuesten Entwurfs freisteht, eine Einwendung gegen die Art und Weise der Zwangsvollstreckung geltend.

Die auf die Alimentationspflicht gestützte materielle exceptio doli, schützt den Verurtheilten nicht, weil nach §. 602 des neuesten Entwurfs solche Einwendungen, welche den durch ein Urtheil festgestellten Anspruch betreffen, nur insoweit zulässig sind, als die Gründe, auf welchen sie beruhen, erst nach Erlassung des Urtheils entstanden sind.

Zwingt man aber durch Aufhebung dieses Exekutionsprivilegiums den Schuldner dazu, sein Recht auf Alimentation schon vor Abfassung des Erkenntnisses geltend zu machen,

a. so ruft man unnütze Erörterungen und Streitigkeiten in der Mehrzahl der Fälle hervor, in denen es zu gar keiner Zwangsvollstreckung kommt;

b. auch unterbreitet man der Entscheidung eine unrichtige Sachlage, denn es kömmt auf die Vermögenslage und die Verwandtschaft der Parteien zur Zeit der Zwangsvollstreckung, nicht aber auf die Sachlage zur Zeit der Anstellung der Klage an.

In der That unterscheidet sich das Exekutionsprivilegium des §. 435 der preuß. Konkursordnung nicht wesentlich von dem §. 660 des neusten Entwurfs aufgeführten Exekutionsprivilegien. Man müßte deshalb entweder alle fortlassen, oder man muß die im §. 435 a. a. O. gedachten Fälle in die deutsche Prozeßordnung mit aufnehmen.

Richtig ist, daß dies Exekutionsprivilegium mit den Vorschriften des bürgerlichen Rechts über die Alimentationspflicht zusammenhängt. Diese Vorschriften sind aber im gemeinen deutschen und französischen Civilrecht sehr streitig.

Es empfiehlt sich daher wohl, mindestens für den Prozeß, feste einheitliche Normen vorzuschreiben. Stimmen diese auch nicht mit allen in Deutschland geltenden Civilrechten überein, so handelt es sich bei diesem Exekutionsprivilegium doch auch nicht um die gewöhnliche Frage, ob der eine Verwandte aus seinem Vermögen dem anderen den nothdürftigen Unterhalt gewähren soll? sondern es fragt sich: darf der klagende dem verurtheilten Verwandten das Letzte fortnehmen? Soll zu diesem Zwecke die Amtsgewalt einschreiten, oder muß die Prozeßordnung nicht viel mehr diesem Mißbrauch der Amtsgewalt hindernd entgegentreten?

Somit dürfte an die Stelle des §. 612 im neuesten Entwurf der §. 435 der preuß. Konkursordnung zu setzen sein.

Nach Nr. 5

im §. 660 des neuesten Entwurfs sollen ferner der Pfändung nicht unterworfen sein:

a. die Wittwenpensionen. Anstatt aber alle Wittwenpensionen ohne Unterschied der Pfändung zu entziehen, muß man unterscheiden.

Die Pensionen, welche den Wittwen der Beamten bewilligt werden, pflegen in der Regel nicht allzu reichlich bemessen zu werden. Indeß giebt es doch auch Ausnahmen. Es fehlt an jedem Grunde: den Wittwen der Beamten ein solches unbedingtes Exekutionsprivilegium zuzugestehen. Es genügt, wenn die Pensionen der Beamtenwittwen denselben Schutz genießen, wie die Pensionen ihrer Ehemänner.

Im Uebrigen fallen die Wittwenpensionen unter die Nr. 3 des §. 660 a. a. O. Sie brauchen nur soweit dem Angriff der Gläubiger entzogen zu werden, als diese den Wittwen den nothdürftigen Unterhalt lassen müssen. Da aber die Pensionen der Wittwen nicht immer lebenslängliche sind, z. B. oft nur bis zur Wiederverheirathung dauern, so ist es nothwendig, die Wittwenpensionen unter Nr. 3 des §. 660 besonders aufzuführen.

b. Ferner zählt §. 660 unter Nr. 5 auf: die Waisenpensionen und die Erziehungsgelder. Der Unterschied beider liegt wohl darin, daß Waisenpensionen solche Hebungen sind, welche lebenslänglich dauern, weil das Waisenkind voraussichtlich niemals in die Lage kommen kann, sich selbst sein Brod zu verdienen. Die Waisenpensionen fallen daher unter Nr. 3. Sie brauchen hier nicht noch besonders erwähnt zu werden.

Dagegen rechtfertigt es sich: die Erziehungsgelder und die auch unter Nr. 5 erwähnten Studienstipendien der Pfändung ganz zu entziehen.

c. Endlich finden wir unter Nr. 5 noch: die Pensionen invalider Arbeiter. Diese Kategorie bleibt besser ganz fort.

Zunächst würde man sehr darüber streiten, welche Personen unter den „Arbeitern" zu verstehen sind. Kommt jede Art von Arbeit oder nur die Handarbeit in Betracht? Hat aber das Wort „Arbeiter," wie wohl anzunehmen ist, jenen weiteren Sinn, so würden die im Privatdienst erworbenen Pensionen den Angriffen der Gläubiger ganz entzogen sein, während nach Nr. 8 die Pensionen der Beamten nur zu einem gewissen Theil für unangreifbar erklärt würden Es fehlt an

jedem Grunde, die im Privatdienst erworbenen Pensionen noch mehr zu begünstigen, als die Pensionen der Beamten. Vielmehr genügt es, wenn man die Pensionirten nur insoweit schützt, als deren Gläubiger genöthigt werden, ihnen die Pension insoweit zu lassen, als es zu ihrem nothdürftigen Unterhalt nöthig ist.

Werden die Pensionen invalider Arbeiter nicht besonders aufgeführt, so fallen sie unter die Nr. 3 aufgeführten lebenslänglichen Hebungen. Damit sind die Pensionirten aber auch genügend gesichert.

Endlich zählt der §. 660 noch unter

Nr. 8

auf: das Diensteinkommen der Beamten. Nach S. 2049 der Protokolle beschloß man bei Berathung des norddeutschen Entwurfs eine Definition von Beamten nicht aufzunehmen, mit diesem Ausdrucke indeß nur die im öffentlichen Dienste des Bundes oder eines Bundesstaats angestellten Personen einschließlich der sogenannten mittelbaren Staatsbeamten zu bezeichnen, und behielt sich vor in die einleitenden Bestimmungen eine entsprechende Vorschrift aufzunehmen. Der Referent schlug deshalb S. 2256 vor zu bestimmen:

> Dies Gesetzbuch versteht unter Beamten diejenigen Personen, welche der §. 359 des Strafgesetzbuchs für den norddeutschen Bund als Beamte bezeichnet.

Dies wurde aber nicht beliebt. S. 2259 der Prot. ist bemerkt: eine Definition von „Beamten" soll im Entwurfe nicht gegeben werden. Gründe für diesen Beschluß fehlen.

§. 359 des deutschen Strafgesetzbuchs lautet:

> Unter Beamten im Sinne dieses Strafgesetzbuchs sind zu verstehen: alle im Dienste des Reichs oder in unmittelbarem oder mittelbarem Dienste eines Bundesstaats auf Lebenszeit, auf Zeit oder nur vorläufig angestellte Personen, ohne Unterschied, ob sie einen Diensteid geleistet haben oder nicht, ingleichen Notare, nicht aber Advokaten und Anwalte.

Da diese Definition ausdrücklich auf den Bereich des Strafgesetzbuchs beschränkt ist, so kann sie nicht für die Prozeßordnung gelten. Diese giebt aber Veranlassung zu Streitigkeiten, wenn sie es ungewiß läßt, ob zu den im §. 660 erwähnten Beamten nur die unmittelbar oder auch die mittelbar im Staatsdienst Stehenden gehören.

Recht lehrreich ist der folgende Fall: die Pension eines von der M.-L. Eisenbahngesellschaft entlassenen Lokomotivführers war im Wege

der Exekution mit Beschlag belegt. Sie wurde deshalb ganz an den Gläubiger gezahlt. Der Pensionirte beantragte auf Grund des Bundesgesetzes vom 21. Juni 69 die Aufhebung der Beschlagnahme. Er wurde jedoch mit diesem Antrage in allen 3 Instanzen abgewiesen.

Das Obertribunal führte aus: daß der §. 1 des Bundesgesetzes vom 21. Juni 69 nur auf das Gehalt bezogen werden könne, das für ein bestehendes Dienstverhältniß gewährt wird. Auf den Entgeld für ein aufgelöstes Dienstverhältniß finde dies Gesetz keine Anwendung.

Der Pensionirte stützte eine neue Klage auf §. 434 der preuß. Konkursordnung und verlangte: ihm 144 Thlr. jährlich freizulassen, weil er diese zu seinem nothdürftigen Unterhalt brauche. Er wurde in 1. Instanz wieder abgewiesen, weil der §. 434 nur auf solche fortlaufende Einkünfte Anwendung finde, welche der Schuldner nicht durch lästigen Vertrag erworben hat, sondern welche er aus Stiftungen oder sonst durch die Fürsorge und Freigebigkeit eines Dritten bezieht. Klägers Pension beruhe aber nicht auf einer Freigebigkeit der Eisenbahngesellschaft, sondern auf seinem Dienstvertrage und seinen zur Pensionskasse gezahlten Beiträgen.

Dieser Ausführung schloß sich auch das Appellationsgericht zu Naumburg in seinem Erk. vom 10. Januar 1872 an, indem es noch bemerkte:

Auf Grund des §. 162 des Anhangs zur A. G.-O., welcher lautet:

> Auch auf diejenigen, welche aus einem unter öffentlicher Verwaltung stehenden Fonds eine ihnen vom Staate oder der vorgesetzten Behörde angewiesene Pension beziehen, findet die gedachte Vorschrift, jedoch mit der Einschränkung Anwendung, daß ihnen nur 200 Thlr. ganz, und von dem Ueberschusse die Hälfte freibleiben soll,

könne dem Kläger die von ihm beanspruchte Freigabe seiner Pension nicht zugebilligt werden. Denn wenngleich auch eine Privateisenbahngesellschaft in vielen Beziehungen unter Controlle des Staats steht, so befinde sich doch ihr Vermögen nicht in der Verwaltung des Staats, resp. in öffentlicher Verwaltung. Die Anwendung dieser Vorschriften der A. G.-O. sei im vorliegenden Falle um so weniger zulässig, als dieselben vermöge der in ihnen enthaltenen Ausnahmebestimmungen streng zu interpretiren sind.

Dieser Fall beweist, wie die bereits oben unter Nr. 3 besprochenen, daß die in dem §. 434 der preuß. Konkursordnung ohne genügenden

Grund eingeschaltete Kasuistik den eigentlichen Zweck des Gesetzes vom Gesetzgeber in ganz unvorhergesehener Weise vereitelt.

Wird der §. 660 des neuesten Entwurfs einfach so gefaßt, wie oben unter Nr. 3 vorgeschlagen ist, so fallen auch alle Gehalte und Pensionen unter diese Nr. 3, denn es sind ja fortlaufende Einkünfte, die der Schuldner auf seine Lebenszeit bezieht.

Die Frage: ob der Schuldner als ein Beamter anzusehen ist, fällt dann nur noch insofern ins Gewicht, als den Beamten nicht nur der nothdürftige Unterhalt, nach Nr. 3 des §. 660, sondern eine festbestimmte Quote des Gehalts und der Pension nach Nr. 8 des §. 660 freigelassen werden muß. Dieser Unterschied ist immer noch sehr erheblich. Das öffentliche Interesse verlangt, daß dem Beamten von seinem Gläubiger ein auskömmliches Gehalt gelassen werde. Deshalb muß aber auch das Gesetz bestimmt sagen, was es unter einem „Beamten“ versteht, denn alle Kommentare zu unseren Gesetzbüchern beweisen, wie gerade die Bedeutung dieses Wortes die mannigfachste Auslegung gefunden hat.

Welche Gründe die Kommission bestimmt haben, dieser Definition aus dem Wege zu gehen, das ergeben die Protokolle. Es kann aber nicht genügen, wenn S. 2049 gesagt ist: man verstehe unter Beamten nur die im öffentlichen Dienste des Bundes oder eines Bundesstaats angestellten Personen einschließlich der sogenannten mittelbaren Staatsbeamten.

Hätte man diese Bestimmung in die Prozeßordnung aufgenommen, so würde man aber immer noch fragen: was versteht die Prozeßordnung unter „mittelbaren“ Staatsbeamten.

Die obige Ausführung in dem Appellerkenntniß, wonach die Beamten der Privateisenbahnen nicht als mittelbare Staatsbeamte anzusehen seien, beweist, wie nothwendig es ist, daß die Prozeßordnung eine richtige Definition des mittelbaren Staatsbeamten giebt. In der That ist das öffentliche Interesse dasselbe, der Lokomotivführer mag im Dienste einer Staats- oder einer Privateisenbahn stehn. Sein auskömmliches Gehalt muß ihm der Gläubiger lassen, weil der Eisenbahnbeamte nur unter dieser Voraussetzung seinen Amtspflichten vollkommen genügen kann.

Das Appellationserkenntniß greift darum fehl, weil es annimmt, nur diejenigen seien mittelbare Staatsbeamte, welche im Dienste solcher Korporationen stehen, deren Vermögen vom Staate verwaltet wird. Dies ist wohl niemals der Fall. Die Korporationen verwalten ihr

Vermögen in der Regel selbst. Mit Recht bestimmt §. 69 II. 10 A. L.-R.:

> Die Beamten des Staats stehen entweder in unmittelbaren Diensten des Staats oder gewisser demselben untergeordneter Kollegien, Korporationen und Gemeinden.

Es kommt also nur darauf an, ob die Korporation dem Staate untergeordnet ist, d. h. daß ihre Geschäftsführung der staatlichen Aufsicht unterliegt. Ist dies der Fall, so beweist dies eben, daß die Korporation nicht blos ihr Privatinteresse verfolgt, sondern daß sie zugleich im öffentlichen Interesse thätig ist. Deshalb müssen die in ihrem Dienst stehenden Beamten denselben Schutz genießen, wie die unmittelbaren Staatsbeamten.

In dieser Beziehung bedarf also die Begriffsbestimmung, wie sie §. 359 des deutschen Strafgesetzbuchs enthält, einer Vervollständigung.

Sie muß aber auch noch insofern abgeändert werden, als im §. 359 die im mittelbaren Dienste des Reichs stehenden Beamten nicht, sondern nur die im mittelbaren Dienst eines Bundesstaats stehenden Beamten erwähnt sind.

Kömmt nun aber z. B. das Eisenbahnwesen, dem Art. 4 Nr. 8 der Reichsverfassung entsprechend, ganz unter die Leitung der Reichsgewalt, so würden auch die bei den Privateisenbahnen angestellten Beamten mittelbar im Reichsdienst stehn. Bliebe es also bei der Fassung des §. 359 a. a. O., so würden diese Beamten nicht gegen die ungemessenen Angriffe ihrer Gläubiger geschützt sein.

Endlich mochte das St.-G.-B. Veranlassung haben, die Notare den Beamten gleich zu stellen, in Beziehung auf das Exekutionsprivilegium sind sie aber den Advokaten und Anwalten gleich zu stellen.

Was nun ferner

den der Pfändung zu entziehenden Betrag

angeht, so gehen die Vorschläge des neuesten Entwurfs, welche mit dem §. 1010 des norddeutschen Entwurfs übereinstimmen, doch wohl zu weit. Nach den Vorschriften im §. 160 folg. des Anhangs zur preußischen A. G.-O. soll den Beamten und Offizieren von dem Gehalte der Betrag von 400 Thlrn., von dem Ueberschuß aber die Hälfte gelassen werden.

Es rechtfertigt sich, wenn der neueste Entwurf wegen der gestiegenen Preise aller Lebensbedürfnisse den Betrag von 400 Thlrn. auf 500 Thlr. erhöht. Zu weit geht man aber, wenn man von dem Ueberschusse nur $^1/_5$ zur Befriedigung der Gläubiger verwenden will. Durch

ein solches Privilegium würden die Beamten, welche leichtsinnig Schulden machen, gar zu sehr begünstigt werden.

Was die Pensionen angeht, so sollen dieselben nach §. 165 des Anhangs zur A. G.-O. bei Offizieren, welche Pension oder Wartegeld genießen, nur wie das Gehalt selbst angreifbar sein, wogegen nach §. 162 des Anhangs zur A. G.-O. den übrigen Pensionirten nur 200 Thlr., und von dem Ueberschusse nur die Hälfte freizulassen ist.

Zunächst fehlt es an einem genügenden Grunde die Offiziere außer Dienst besser als die übrigen Pensionirten zu stellen. Der neueste Entwurf will aber die Pension in derselben Weise schützen, wie das Gehalt. Nach S. 2050 der Protokolle beruhte diese Bestimmung im norddeutschen Entwurfe auf der Erwägung, daß die Pensionen in der Regel nicht über den erforderlichen Lebensbedarf hinaus bemessen seien, und der Gläubiger nicht auf die Pensionirung des Schuldners spekuliren dürfe.

Dagegen ist aber auch zu bedenken, daß das öffentliche Interesse nur so lange dauert, als der Beamte im Dienst ist. Nach der Entlassung des Beamten muß dieser seine Ausgaben nach seinen Mitteln richten. Das öffentliche Interesse verlangt von ihm ferner keinen besonderen Aufwand. Die Erfahrung lehrt, daß die Pensionen oft über den gewöhnlichen Lebensbedarf hinausgehen. Es hat sich bei uns auch nirgend das Bedürfniß herausgestellt, dies Exekutionsprivilegium in solchem Grade auszudehnen. Man hat noch niemals gehört, daß die Gläubiger auf die Pensionirung eines Beamten spekuliren. Bei dem geringeren Betrage der Pension wird sich der angreifbare Betrag seines Einkommens bei seiner Pensionirung nicht erheblich vermehren, oft sogar vermindern.

Nur das wird sich rechtfertigen, daß man wegen des gestiegenen Preises aller Lebensbedürfnisse 300 Thlr. der Pension für unangreifbar erklärt. Von dem Ueberschusse kann der Gläubiger aber die Hälfte mit Beschlag belegen.

Außerdem sind aber auch die im §. 660 des neuesten Entwurfes nicht erwähnten „Wartegelder" mit aufzunehmen.

Ferner hat nach S. 2050 der Protokolle die Kommission zur Berathung des norddeutschen Entwurfs beschlossen, die Verstümmelungszulagen der Unteroffiziere und Soldaten für völlig unangreifbar zu erklären. Dies hat zwar im §. 660 des neuesten Entwurfes keinen besonderen Ausdruck gefunden. Diese Verstümmelungszulagen gehören aber zu den unter Nr. 6, §. 660 erwähnten Invaliden-

Pensionen der Unteroffiziere und Soldaten, welche der Pfändung ganz entzogen sind.

Derselbe Grund muß aber auch für die Offiziere geltend gemacht werden. Die Verstümmelungszulage ist ein Entgelt für die Unzuträglichkeiten und Mißstände, welche der Beschädigte sein ganzes Leben in Folge davon erdulden muß, daß er seine Gesundheit und seine gesunden Gliedmaßen im Dienste des Vaterlandes geopfert hat.

Deshalb dürfte §. 660 Nr. 6 des neuesten Entwurfs mit den Worten beginnen müssen:

> Die Zulagen zur Pension, welche für Beschädigung im Kriege vom Staate gewährt werden, . . .

Endlich enthielt §. 1010 des norddeutschen Entwurfs zu Nr. 8 noch den Satz:

> Die Pfändung des Diensteinkommens und der Pension ist ohne Rücksicht auf den Betrag derselben zulässig, wenn sie zum Zwecke der Befriedigung wegen laufender Alimente beantragt wird, zu deren Entrichtung der Schuldner auf Grund der gesetzlichen Vorschriften über die Alimentationsrechte der Familienglieder verurtheilt ist. Als laufende Alimente werden diejenigen angesehen, welche für die Zeit nach der Erhebung der Klage, und für das diesem Zeitpunkte vorausgehende letzte Vierteljahr zu entrichten sind.

Der neueste Entwurf hat diesen Absatz fortgelassen. Wie die Motive sagen, weil gegen die maßgebenden Rücksichten alle Umstände, welche in dem Grunde der beizutreibenden Forderung liegen, zurücktreten.

Dabei hat man aber übersehen, daß der Beamte von seinem Gehalte und seiner Pension auch seine Angehörigen zu unterhalten hat. Es ist daher ganz in der Ordnung, daß zu diesem Zwecke auch der für die anderen Gläubiger nicht angreifbare Theil des Einkommens des Beamten für angreifbar erklärt wird.

Sonach dürften zu ändern sein:

§. 612 des neuesten Entwurfs dahin:

> Die landesgesetzlichen Vorschriften über die Rechtswohlthat der Kompetenz, soweit sie sich nicht auf den Konkurs und die Güterabtretung beziehen, treten außer Kraft.
>
> Gehört jedoch der Verurtheilte
>
> 1) zu den Verwandten aufsteigender oder absteigender Linie des Gläubigers,

2) zu dessen Geschwistern,

3) ist er dessen Ehegatte,

so kann der Verurtheilte verlangen, daß dasjenige von der Pfändung ausgeschlossen bleibt, was zum nothdürftigen Unterhalte für sich, seine Ehefrau und seine noch unversorgten Kinder gehört, wenn er nicht im Stande ist, diesen Unterhalt auf eine seinen Verhältnissen angemessene Art selbst zu erwerben.

Diesen Einwand kann jedoch der Verurtheilte nicht erheben, wenn es im Falle der Bewilligung dem Gläubiger selbst an dem nothdürftigen Unterhalt fehlen würde.

§. 660 des neuesten Entwurfs würde in folgenden Punkten zu ändern sein:

Nr. 3. Die Wittwenpensionen, so wie die fortlaufenden Einkünfte, welche ein Schuldner auf seine Lebenszeit bezieht, insoweit der Schuldner zur Bestreitung des nothdürftigen Unterhalts für sich, seine Ehefrau und seine noch unversorgten Kinder dieser Einkünfte bedarf und nicht im Stande ist, diesen Unterhalt auf eine seinen Verhältnissen angemessene Art selbst zu erwerben;

Nr. 4. Die aus Kranken-, Hülfs- oder Sterbekassen, insbesondere aus Knappschaftskassen und Kassen der Knappschaftsvereine zu beziehenden Hebungen, sowie die Erziehungsgelder für Waisen und die Studienstipendien.

Nr. 5 fällt ganz fort. Dagegen würde zu fassen sein:

Nr. 6. Die Zulagen zur Pension, welche für Beschädigung im Kriege vom Staate gewährt werden, der Sold und die Invalidenpension der Unteroffiziere und Soldaten.

Nr. 8. Das Diensteinkommen der Offiziere, der Beamten, der Geistlichen und der Lehrer an öffentlichen Unterrichtsanstalten, die Pension und das Wartegeld dieser Personen, sowie die Pension ihrer Wittwen. Uebersteigt das Gehalt den Betrag von 500 Thlr., die Pension oder das Wartegeld aber den Betrag von 300 Thlr. für das Jahr, so ist die Hälfte des Mehrbetrags der Pfändung unterworfen.

Beamte sind alle im unmittelbaren oder mittelbaren Dienste des Reichs oder eines Bundesstaats stehende Personen, mögen sie auf Lebenszeit, auf Zeit oder nur vorläufig angestellt sein, ohne Unterschied ob sie einen Diensteid gethan haben oder nicht, nicht aber Advokaten, Anwalte und Notare. Im mittelbaren Staats-

dienste stehen diejenigen Beamten, welche im Dienste der dem Staate untergeordneten Kollegien, Korporationen und Gemeinden stehn.

Die Pfändung des Diensteinkommens und der Pension ist ohne Rücksicht auf den Betrag derselben zulässig, wenn sie zum Zwecke der Befriedigung we gen laufender Alimente beantragt wird, zu deren Entrichtung der Schuldner auf Grund der gesetzlichen Vorschriften über die Alimentationsrechte der Familienglieder verurtheilt ist. Als laufende Alimente werden diejenigen angesehen, welche für die Zeit nach der Erhebung der Klage und für das diesem Zeitpunkte vorausgehende letzte Vierteljahr zu entrichten sind.

Die Einkünfte, welche zur Bestreitung eines Dienstaufwandes bestimmt sind, und der Servis der Offiziere und Militairbeamten sind weder der Pfändung unterworfen, noch bei der Ermittelung, ob und zu welchem Betrage ein Diensteinkommen der Pfäudung unterliege, zu berechnen.

VIII.
Die Reform des Hypothekenrechts in Oestreich.

Von Herrn Prof. A. Exner in Zürich.

Seit Anfang der fünfziger Jahre, wo die Einführung der westöstreichischen Privatrechtsgesetzgebung in den ungarischen Ländern dazu den äußern Anstoß gab, beschäftigt man sich in Oestreich mit der Reform des Hypothekenrechts. Eine längere Reihe von diesbezüglichen Gesetzentwürfen ist nach und nach publizirt und wieder zurückgezogen worden, bis endlich in allerneuster Zeit diese Arbeiten nach jahrelangen Berathungen und zum Theil sehr eingehenden öffentlichen Debatten ihren Abschluß gefunden haben. Das „allgemeine Grundbuchsgesetz“ für die westöstreichischen Länder vom 25. Juli 1871, welches nach sechsmonatlicher vacatio legis kürzlich in Kraft getreten ist, wird voraussichtlich für eine längere Periode die Basis bilden für die Gestalt und Entwicklung des Immobiliarrechts in Deutsch-Oestreich. Das allein vermöchte es wohl zu rechtfertigen, wenn hier über Umfang und Richtung der eben vollzogenen Reform weiteren Kreisen ein Ueberblick gewährt wird. Dazu kommt, daß schon bisher kaum ein anderer Theil des östreichischen Privatrechts jenseits der Grenzen seines Geltungsgebiets so wenig gekannt war, als eben das Hypothekenrecht; unverdienterweise, denn es bietet durch seine unmittelbare Anlehnnng an die bekannten deutschrechtlichen Institute, und vermöge der uralten, durch Jahrhunderte stetig fortgeführten Umbildung der gemeinrechtlichen Dogmen unter der Herrschaft des Instituts der Immobilienbücher, für den Rechtshistoriker und Germanisten manche lehrreiche Seite.

Den Grund jener minderen Bekanntschaft gerade mit dem Hypothekenrecht Oestreichs wird man wohl darin zu suchen haben, daß das östreichische Gesetzbuch, obzwar prinzipiell als umfassende Kodifikation gedacht, doch gerade von dieser Rechtsmaterie nur ein ganz ungenügendes, vielfach sogar schiefes Bild giebt. Die Ergänzung und Berichtigung ist aus den älteren, durchgehends in letzter Redaktion der zweiten Hälfte

des vorigen Jahrhunderts angehörenden provinziellen Grundbuchs-Ordnungen, Landtafelpatenten u. s. w. zu schöpfen, deren Inhalt das Gesetzbuch in Kraft ließ. Sie enthalten zum Theil schon jene materiellen Rechtssätze, welche dem östreichischen Hypothekenrecht gegenüber dem gemeinen von jeher eine selbstständige Stellung gewahrt haben; obwohl durch die romanisirende Tendenz der Kodifikation hier und da im Einzelnen verdunkelt, haben sie ihr im Ganzen doch Stand gehalten und die festen Pfeiler zum Weiterbau geliefert.

Darum ist, was auf den ersten Blick befremden mag, der Titel des neuen Gesetzes zur Reform des Hypothekenrechts, wohl gerechtfertigt durch die Tradition der östreichischen Rechtsgeschichte. Es ist kein Hypothekengesetz, sondern ein „Grundbuchsgesetz", d. h. zunächst ein System von Normen über die Einrichtung der Immobilienbücher, über das Verfahren bei ihrer Benutzung, über die verschiedenen Gattungen der Einträge und deren verschieden rechtliche Bedeutung. Nicht mehr waren auch alle die oben berührten älteren Provinzialgesetze; eben indem sie, oder obgleich sie nur darauf ausgingen, die Formen des Immobilienverkehrs, das öffentliche Bücherwesen, zu ordnen, haben sie unvermerkt materielles Recht theils erhalten, theils entwickelt, und so einen Rechtsorganismus allmälig erwachsen lassen, den die neuere Gesetzgebung nur zu vollenden und ebenmäßig auszuführen braucht, um den Hauptanforderungen des modernen Immobiliarkredits zu genügen. Darin also fand sich die neue Legislation Oestreichs vorweg in günstigerer Lage, als das (wenige kleinere Territorien ausgenommen) sonst in Deutschland der Fall war, daß sie durchaus an das Bestehende anknüpfen konnte, ohne einen Sprung machen zu müssen, um das Nöthige zu erreichen.

Vergegenwärtigen wir uns also in kurzen Zügen die Grundlinien des östreichischen Hypothekenrechts,[1]) wie es nach Maßgabe jener älteren Gesetze und des auf ihnen ruhenden allg. bürgerlichen Gesetzbuches bisher bestand, um sodann die Tragweite der Neuerungen zu ermessen, welche die jüngste Reform gebracht hat.

---

[1]) Dabei kann ich natürlich auch das Wesentlichste nur in Andeutungen geben; Belege und nähere Ausführung des unten Folgenden finden sich zum Theil in meiner Schrift: „das Publizitätsprinzip" Wien 1870, und „das Institut der Pfandrechtspränotation in Oestreich" Wien 1868. Ueber die Einrichtung der öffentlichen Bücher in Oestreich und das Verfahren in Grundbuchsachen findet man Aufschluß bei Klepsch, „das östreichische Tabularrecht" Prag 1862, und Aussaz, „Darstellung der Landtafel- und Grundbuchsordnung in Oestreich" Wien 1847. Uebeer das Geschichtliche: Haak, „Studien über Landtafelwesen" Wien 1866, Johanny „Geschichte und Reform der östr. Pfandrechtspränotation" Wien 1870.

Es sind zwei von Haus aus heterogene Elemente, auf denen sich das altöstreichische Immobilienpfandrecht aufbaut: das gemeinrechtliche Pfandsystem und das Institut der öffentlichen Bücher. Beide sind in ihm zu einem gewissen Grad der Durchdringung gekommen, ohne doch die ursprünglichen Widersprüche ganz zu überwinden oder auch nur überall zur Klarheit zu bringen. Alle die Unsicherheit, die so sehr bedeutenden Schwankungen der älteren östreichischen Theorie und Praxis sind zuletzt darin begründet, daß man den Schwerpunkt des ganzen Gebäudes bald mehr auf diesen, bald mehr auf jenen Theil seiner Grundlage stützen zu müssen glaubte.

Aus dem gemeinrechtlichen System geschöpft ist vor Allem schon die Bestimmung der rechtlichen Natur des Hypothekarrechts, wie sie das Gesetzbuch enthält. Es ist nicht wesentlich, sondern nur durch seinen Gegenstand verschieden von dem Mobilienpfandrecht; also keinesfalls „Grundschuld", sondern rein dingliches Recht im Sinne der Römer, und zwar accessorisches Recht: das „dingliche Recht, aus einer Sache, wenn die Verbindlichkeit zur bestimmten Zeit nicht erfüllt wird, die Befriedigung zu verlangen". Daher „bezieht es sich immer auf eine gültige Forderung" und soll nur für eine solche errichtet werden; übrigens ist es gleichgültig, ob dieselbe Geldzahlung oder irgendwelche anderweitige Leistung zum Gegenstand hat, ebenso ob im erstern Fall ihr Betrag bestimmt oder unbestimmt ist; die Hypothek haftet für die ganze seinerzeit zu liquidirende Forderung sammt ihren Accessionen (Zinsen, Prozeßkosten ꝛc.) ohne jede Beschränkung. Daß „Eigenthümerhypotheken" nicht eingetragen werden können, versteht sich hiernach von selbst. — Die Erwerbsgründe („Titel") sind die bekannten: Gesetz, richterlicher Ausspruch, Vertrag oder letzter Wille des Eigenthümers.

Aber schon bei der Frage nach der Erwerbsart (modus acquirendi nach der alten Terminologie) tritt das Eingreifen des Grundbuchsystems hervor. Nur durch ordentlichen Eintrag in das öffentliche Buch kann eine Hypothek erworben werden, und nur gegen Denjenigen, welcher im Zeitpunkt des Eintrags als Eigenthümer des zu belastenden Grundstückes in diesem Buch verzeichnet steht. Damit ist von vornherein die General-Hypothek und die sog. hypotheca tacita ausgeschlossen, also das Spezialitätsprinzip in seiner objektiven Richtung durchgeführt. General-Hypotheken giebt es in der That in Oestreich von Alters her nicht mehr, und stillschweigendes Pfandrecht besteht nur ganz ausnahmsweise zu Gunsten gewisser öffentlichrechtlicher Lasten, die an dem Grundstück hängen. Die Eintragung zum Zweck der Hypothekbegründung geschieht auf Antrag des Gläubigers über Bewilligung des Grundbuchgerichtes entweder

mit definitiver Wirkung („Einverleibung“), wenn eine allen Formvorschriften entsprechende Urkunde über Forderung und Pfandrechtstitel vorliegt, oder aber mit nur provisorischer Kraft („Vormerkung“), wenn blos die Forderung irgendwie urkundlich bescheinigt ist. Letzternfalls liegt dem Gläubiger ob, binnen bestimmter Frist den Eintrag zu „rechtfertigen“, d. h. über den Rechtsbestand der Forderung vollen Beweis zu erbringen. Daß dieser Nachweis nicht auch für den Titel erfordert wird, ist das Ergebniß einer in die Zeit lange vor Erscheinen des Gesetzbuchs zurückreichenden abusiven Praxis und bezeichnet einen der dunkelsten Punkte des bisherigen Rechtszustandes; denn dadurch ist die „Vormerkung“ oder „Pränotation“ gegen ihren ursprünglichen Sinn und gegen das wahre Interesse des Verkehrs zu einer gefährlichen Waffe in der Hand des Gläubigers geworden, die ihm gestattet, an allen Immobilien seines Schuldners sich ein Pfandrecht eigenmächtig zu nehmen. — Auch auf mehrere Grundstücke kann für dieselbe Forderung das Pfandrecht eingetragen werden; das verkannte die bisherige Praxis; übrigens aber bestanden über die rechtliche Behandlung dieser sog. „Simultan-Hypotheken“ in Ermangelung zureichender gesetzlicher Bestimmungen die verschiedensten Lehrmeinungen.

Die Priorität eines jeden Hypothekenrechts bestimmt sich allein durch dessen bürgerliches Alter; genauer: die Nummern, welche die Eintragungsgesuche im Einreichungsamt des Grundbuchsgerichtes erhalten, bestimmen die Rangordnung der auf jene Gesuche hin definitiv oder provisorisch eingetragenen Rechte. Vorrechtsprivilegien giebt es also nicht. — Die Afterverpfändung kann gleicherweise nur durch bücherliche Eintragung der Superhypothek auf demselben Folium, auf welchem die Hypothek verzeichnet ist, geschehen. Ebenso die Cession; zwar ist auch außerbücherliche Abtrennung der Hypothekenforderung zuläßig (was von Einigen bestritten wird), aber diese gewährt dem Cedenten nur die Rechtsstellung eines procurator in rem suam, „Inhaber“ der bürgerlichen „Satzpost“ wird er nicht und kann daher Dritten gegenüber niemals als Hypothekar eigenen Rechts auftreten. — Aufgehoben wird die Hypothek, abgesehen vom Fall ihrer exekutiven Realisirung, durch den bücherlichen contrarius actus, die „Löschung“. Diese erfolgt auf Einschreiten des belasteten Theils gegen Vorlage der in „löschungsfähiger“ Form beurkundeten Zustimmung des Berechtigten, oder eines dieselbe vertretenden Urtheils; zur Ausstellung einer „löschungsfähigen Quittung“ ist jeder Gläubiger, der Zahlung oder sonstige Befriedigung empfängt, rechtlich verpflichtet.

Die zwangsweise Realisirung des Hypothekarrechts findet nach

östreichischem Recht ebenso durch öffentliche gerichtliche Subhastation (unter Umständen auch blos Sequestration der Früchte) statt, wie dies in Deutschland nahezu allgemein der Fall ist. Die „Feilbietung" des Pfandobjekts unterliegt den gewöhnlichen Normen über die Realexekution, kann daher in der Regel nur auf ein rechtskräftiges Urtheil hin erfolgen. Somit setzt alle Pfandrealisirung die Einklagung des Rechts voraus (Hypothekarklage). Befugt zur Erhebung der Hypothekarklage ist derjenige, auf dessen Namen die Pfandforderung zur Zeit im öffentlichen Buch steht; gestützt wird sie auf eben diesen Buchstand (der durch einen amtlichen „Buchauszug" zu erweisen ist), und richtet sich gegen den jeweiligen Besitzer des Pfandobjekts.) Insofern nun der Anspruch zwischen dem ursprünglichen Gläubiger und dem Schuldner (oder deren Universalnachfolgern) sich bewegt, ist für das Ergebniß des Streits lediglich das materielle Verhältniß maßgebend; also insbesondere alle Einreden gegen die Forderung bleiben dem Beklagten, alle materiellrechtlichen Repliken dem Kläger gewahrt; was im öffentlichen Buch steht, braucht zwar von Demjenigen, der sich darauf beruft, nicht bewiesen zu werden, aber der Gegenbeweis ist zulässig und schließt dann die rechtliche Wirksamkeit des betreffenden Eintrags aus. Diese Verschiebung der Beweislast ist die einzige spezifische Rechtsfolge der Verbücherung, wo sich die ursprünglichen Subjekte des verbücherten Rechtsverhältnisses gegenüberstehen. Anders, wenn es ein Singularnachfolger des Gläubigers (bücherlicher Cessionar) ist, der gegen den Drittbesitzer des Pfandstückes sein Hypothekarrecht geltend machen will. Hier greift für oder gegen beide Theile der Grundsatz der Glaubhaftigkeit der öffentlichen Bücher mit seinen Rechtsfolgen ein (Publizitätsprinzip). Wie weit er greift, war freilich bei dem bisherigen Zustand der Gesetzgebung im höchsten Grade zweifelhaft und bestritten. Doch wurde mindestens soviel ziemlich allgemein anerkannt: Wer eine Hypothek „im Vertrauen auf das öffentliche Buch", d. h. im guten Glauben an die materielle Richtigkeit des dort verzeichneten Sachverhaltes, an sich gebracht hat, dem können solche rechtlichen Thatsachen bei Verfolgung seines Anspruchs nicht wirksam entgegengehalten werden, welche an sich geeignet wären, die ursprünglich materiell rechtmäßig begründete Hypothek nachträglich zu zerstören oder anfechtbar zu machen; das Gesetzbuch bestimmt dies hinsichtlich der Einrede der Zahlung, der Kompensation und der Verjährung ausdrücklich, im Uebrigen hat die Praxis das Nöthige ergänzt, indem sie sich dafür mit Recht auf gewisse allgemeine Aussprüche der Gesetze stützt, welche zu Gunsten des Vertrauens auf die öffentlichen Bücher lauten. Zweifel und Streit bezogen sich hauptsächlich auf die anderen Gruppen des materiell-

rechtlichen Vertheidigungsmaterials: wie steht es, wenn der Beklagte Thatsachen erweisen will, aus denen sich ergiebt, daß das eingeklagte Hypothekarrecht schon ursprünglich materiell ungültig gewesen sei? Daß z. B. die Pfandschuld nie zu Recht bestand, daß der Verpfänder, obzwar zur Zeit der Hypothekerrichtung als Eigenthümer des belasteten Objekts im Grundbuch verzeichnet, doch damals materiell nicht Eigenthümer derselben war? Während auch für diese Fälle von Einigen (wie ich glaube mit Recht) der Publizitätsgrundsatz in Anspruch genommen wurde, wollten die Meisten die Unumstößlichkeit des Tabularstandes hier davon abhängig machen, daß der Hypothekar oder sein Vorgänger mindestens durch 3 Jahre im gutgläubigen „Tabularbesitz" des betreffenden Rechts sich befunden habe. Diese Frist (ursprünglich 3 Jahre, 18 Wochen) hatten nämlich die älteren Grundbuchsgesetze für den „Widerspruch in rechter Zeit" anberaumt, und nach ihrem Ablauf sollte aller Einspruch gegen das „an die Gewehre geschriebene" Recht „verschwiegen" sein. Aus dieser Verschweigungsfrist der alten Provinzialgesetze haben die Redaktoren des Gesetzbuchs mit unglücklicher Hand eine nach römischem Muster geformte und von den römischen Usukapionsrequisiten abhängige Ersitzungszeit gemacht; aber freilich ist die Anwendbarkeit dieser sog. „Tabularersitzung" gerade auf die hier in Rede stehenden Fälle (aus Gründen, die hier nicht ausgeführt werden können) höchst problematisch. Jedenfalls war ein unzweideutiges Eingreifen der Gesetzgebung auf diesem Punkt, wenn irgendwo, dringend von Nöthen. —

Dieser kurze Abriß des bisherigen Rechtszustandes war nöthig, aber wird auch genügend sein, um den Leser zu orientiren gegenüber dem neuen Gesetz, welches (wie wir oben schon angedeutet haben) keineswegs darauf ausgeht, reinen Tisch zu machen und ein völlig neues Hypothekensystem aufzubauen, sondern im Sinn der fortgeschrittenen Rechtsbegriffe und Verkehrsbedürfnisse an dem geschichtlich überkommenen Stoff die Lücken zu ergänzen und die Auswüchse zu beseitigen sich bescheidet.

(Fortsetzung folgt.)

Rechtssprüche.*)

Rechtsprechung des Reichs-Oberhandelsgerichts.

Zum Handelsgesetzbuch.

Art. 85.

Erfordernisse der offenen Handelsgesellschaft.

34. Es hat sich eine Gesellschaft von drei Personen gebildet, welche das gesammte im Konkurse befindliche Vermögen der Wittwe Hildebrand, Firma Arnold Hildebrand und der Inhaber der Firma G. Busse und Hildebrand nebst dem Recht zur Fortführung dieser Firmen erworben hat, zu dem Zweck, unter diesen Firmen die Vermögensmassen zu versilbern und die Konkursgläubiger zu befriedigen. Die Gesellschaft ist als Handelsgesellschaft zu betrachten. „Von dem Gesichtspunkte aus, daß die Gesellschaft beim Erwerbe des gesammten Vermögens der Inhaber der Firmen A. H. und G. B. u. H. die Liquidation dieser Handelsgeschäfte bezweckte, erscheint sie als eine Fortsetzung der vorgedachten Handelsgesellschaft und es ist auf sie deshalb den Charakter einer solchen Gesellschaft zu übertragen um so unbedenklicher, als die Parteien in dieser Charakterisirung einig sind." (21. Okt. 71. M. III. 75.)

35. „Entscheidend für die Unzulässigkeit der Annahme einer offenen Handelsgesellschaft ist der Mangel einer gemeinschaftlichen Firma. Die gemeinschaftliche Firma ist nach Art. 85 in den Begriff der offenen Handelsgesellschaft aufgenommen worden. Freilich erscheint sie nicht in dem Sinne als ein die Existenz der kaufmännischen Gesellschaft bedingendes Gebot, daß auch ohne das Vorhandensein einer Firma Vereinigungen zum Betriebe eines Handelsgewerbes unter Umständen nicht wenigstens in Ansehung des Rechtsverhältnisses der Genossen unter sich, also hinsichtlich der inneren Sozietätsbeziehungen, den handelsrechtlichen Normen unterstellt werden dürften, vorausgesetzt nur immer, daß über den einschlagenden Vertragswillen, eine Erwerbsgesellschaft nach den Regeln des Handelsrechts zu schließen, ausreichende Gewißheit vorliegt. In dieser Richtung muß jedoch mindestens so viel erkennbar sein, daß die Uebereinkunft auf die Geschäftsführung unter einem Kollektivnamen gerichtet gewesen sei. Es würde außerdem jedes Kriterium

*) Diese Zusammenstellung ist Anfang Februar abgeschlossen. Die Nachträge zu der im ersten Heft enthaltenen Uebersicht werden später mitgetheilt werden.

dafür fehlen, daß die Betheiligten das Geschäft, das den Gegenstand der Vereinigung bildet, nach Außen hin unter kaufmännischer Form und mit dem Willen unbeschränkter Haftung zu betreiben beabsichtigt haben. (13. Mai 71. M. II. 95; C. I. S. 374.)

Art. 93 Abs. 3.

Vergütigung des Sozius für Bemühungen.

36. Die Parteien hatten eine Sozietät geschlossen Behufs der technischen Herstellung eines von der Hessischen Regierung zu emittirenden neuen Papiergeldes. Ihre Bewerbung um die Uebertragung der Ausführung schlug indeß fehl. Kläger, ein Lithograph, forderte nunmehr vom Beklagten antheilsweisen Ersatz für die Behufs Anfertigung der Entwürfe u. s. w. verwendeten Kosten. Der Anspruch ist unzulässig, in Erw. „daß nach gemeinem Recht ein Gesellschafter von seinem Mitgesellschafter zwar Vergütigung seiner Auslagen und Schäden, nicht aber eine nicht bedungene Vergütung für geleistete Arbeiten, soweit dieselben nur überhaupt innerhalb desjenigen gewerblichen Zweckes, für welchen die Gesellschaft errichtet worden und nicht vielmehr gänzlich außerhalb des Kreises der Sozietäts-Geschäfte liegen, zu beanspruchen berechtigt ist, daß also auch in dem Falle, wo der eine Gesellschafter nur operas, nicht Kapital, in die Gesellschaft einbringt, derselbe, sowenig er, falls ein Gewinn erzielt wird, neben seinem Gewinn-Antheil noch Vergütung für seine Arbeit fordern kann, eine solche Vergütung, falls ein Gewinn nicht erzielt wird, unter dem Namen eines Verlust-Antheils zu beanspruchen befugt ist, vielmehr ebenso wie der Kapital einwerfende Sozius die Zinsen verliert, die in dem Gewinn-Antheil gehoffte Vergütung seiner Arbeit entbehren muß; —— daß diese gemeinrechtlichen Grundsätze auch in dem Art. 93 al. 3 des H.-G.B.'s Anerkennung gefunden haben, und namentlich die Motive des preuß. Entwurfs, welche so wenig wie die Bestimmung selbst bei den Berathungen einen Widerspruch gefunden haben, ergeben, daß man gerade beabsichtigt hat, eine abweichende Bestimmung des Allg. Pr. L.-R.'s (§. 229 Th. I. Tit. 17) — wonach ein Sozius, abweichend von der Regel, den gewöhnlichen Preis für solche Arbeiten, welche nicht zum Betriebe der Sozietätsgeschäfte gehören und die eine besondere Kunst und Wissenschaft erfordern, in Rechnung bringen konnte — als nicht rationell zu beseitigen, weil es prinzipiell nur darauf ankomme, ob eine gewisse Verrichtung zum Geschäftsbetriebe der Gesellschaft überhaupt gehöre oder nicht." (27. Sept. 71. M. III. 35.)

Art. 96, 97 (274).

Handelsgeschäfte des in eigenem Namen kontrahirenden Gesellschafters.

37. „Der Beklagte ist Kaufmann, und es handelt sich nicht um ein gewöhnliches Darlehen, sondern um ein kaufmännisches Diskontgeschäft, für dessen Gewinn und Verlust der Beklagte sich mit der mitbeklagten Firma und zwei andern Person assozirte." Der gesetzlichen Präsumtion für das Vorhandensein eines Handelsgeschäfts (Art. 274) steht die Thatsache nicht entgegen, daß der Beklagte Mitinhaber der Firma Gebrüder M. ist, das Geschäft aber

auf eigenen Namen abgeschlossen hat. „Denn er kann, wie er unter Beweisantritt versichert, hierbei im Einverständniß mit seinem Kompagnon B. M. gehandelt haben, und selbst ohne diesen Konsens wäre seine Qualität als Kaufmann Dritten gegenüber nicht alterirt. (Art. 96, 97 d. H.-G.B.'s.)" 24. Okt. 1871. C. I. 175.

Art. 110.

Beginn der Gesellschaft.

38. Beklagter, als offener Gesellschafter der Firma Moritz Robert F. von einem Geschäftsgläubiger in Anspruch genommen, behauptet, nicht als Sozius des Moritz Robert F., sondern nur als dessen Kommis und Handlungsbevollmächtigter fungirt zu haben. Aus den Gründen: Der Beginn der Geschäfte eines (nicht eingetragenen) offenen Handelsgeschäfts ist nur in solchen Handlungen zu finden, in welchen sich der Wille der Gesellschafter kund giebt, eben als Gesellschafter zu handeln und Geschäfte zu machen. Die Behauptung des Klägers, er habe die fr. Waaren auf des Bekl. Bestellung und Anweisung in das Geschäftslokal der Firma Robert R. unter Beifügung einer auf diese Firma lautenden Rechnung abgeliefert, ist nicht konkludent, weil daraus nicht zu entnehmen ist, daß Bekl. als Theilnehmer einer offenen Handelsgesellschaft und für eine solche gehandelt hat. „Es war dies namentlich nicht aus dem Umstande zu entnehmen, daß für die Firma R. F. gehandelt wurde, da diese Firma nicht, wie Art. 17 als Regel (vergl. Art. 24) vorschreibt, einen das Vorhandensein einer Gesellschaft andeutenden Zusatz enthält." Namentlich mit Rücksicht auf eine vom Bekl. produzirte, ihm von R. F. vor den fr. Waareneinkäufen ertheilte Generalvollmacht lassen die behaupteten Thatsachen nicht erkennen, ob Bekl. als Sozius oder als Bevollmächtigter des F. gehandelt habe. Dagegen fällt eine Aeußerung ins Gewicht, die, wie Kläger behauptet, Bekl. ihm gegenüber gethan haben soll, nämlich: er, Bekl. sei ebenso gut Mitinhaber der Firma R. F. wie F. und nur noch nicht eingetragen, weil er noch zu jung sei; in nächster Zeit werde er auch öffentlich eingetragen werden. Der letzte Theil dieser Aeußerung läßt zwar einen Zweifel aufkommen, ob Bekl. sich etwa nur als stiller Gesellschafter habe zu erkennen geben wollen, der zwar an den Fonds der Gesellschaft betheiligt sei, aber Dritten gegenüber noch nicht als Sozius gelten wolle. „Allein die Erklärung, daß Bekl. Mitinhaber der Firma so gut wie F. sei, ist doch, wenn zugleich der Abschluß des Vertrages über die Eingehung der offenen Handelsgesellschaft festgestellt wird, dahin auszulegen, daß Bekl. sich als Theilnehmer der mit F. verabredeten offenen Handelsgesellschaft produzirt habe, zumal ein stiller Gesellschafter an der Firma nicht betheiligt ist. (Art. 251)." — Diesen Gründen entsprechend wurde Beweis angeordnet — 27. Jan. 71. M. I. 74; St. II. Nr. 2.*

Art. 102, 110, 112.

Beginn, Vertretungsbefugniß.

39. Vor Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister hat der Sozius W. einen Wechsel zur Deckung einer Gesellschaftsschuld unter der Firma der

Gesellschaft acceptirt. Hiermit hat die rechtliche Wirksamkeit der Handelsgesellschaft im Verhältniß zu Dritten begonnen. Aus Art. 112 verbunden mit 102 ergiebt sich die Berechtigung W.'s; durch diese Acceptation seinen Gesellschafter nach außen hin zu verpflichten. Der Sozietätsvertrag verbietet zwar den Sozien, separate oder Privatgeschäfte unter dem Namen der Firma zu machen; indeß würde „eine derartige Beschränkung der präsumtiven gesetzlichen Befugnisse jedes Theilhabers einer offenen Handelsgesellschaft, wenn auch für das Verhältniß unter den Gesellschaftern selbst, doch nicht ohne Weiteres für das Verhältniß zu Dritten, außer der Gesellschaft stehenden Geltung haben können." (26. Nov. 70; M. I. 36; St. II. 1; C. I. S. 282.)

Art. 114–117 (90, 99–104).

Vertretungsbefugniß.

40. Der Fall betrifft eine von vier Personen gegründete Handelsgesellschaft, die zu St. Petersburg ihren Sitz hatte. Es handelt sich um eine Klage auf Rechnungslegung, welche ein Sozius gegen einen anderen Sozius, den zu Leipzig wohnhaften Professor H. anstellt. Die Abweisung erfolgt wegen mangelnder Aktivlegitimation des Klägers. Aus den Gründen:

a) Unrichtig ist die Ansicht des Appellationsrichters, daß nur für die in das Handelsregister eingetragenen, bezw. zur Eintragung in dasselbe bestimmten Handelsgesellschaften, also nicht für solche, die im Auslande ihren Sitz haben, die Möglichkeit einer Vertretung der „Gesellschaft" durch einen Gesellschafter angenommen werden könne, weil es für anderweitige Handelsgesellschaften gar kein zu vertretendes Gesellschaftsvermögen gebe. „Denn . . die durch Art. 114, 117 des D. H.-G.-B.'s sanktionirte präsumtive Befugniß jedes einzelnen Gesellschafters, die ganze „Gesellschaft", d. h. eben die Gesammtheit der unter der Firma zur Gesellschaft verbundenen Gesellschafter als solche, überhaupt und vor Gericht insbesondere zu vertreten, — steht mit dem neuen Institut des Handelsregisters und der gebotenen Registrirung der Gesellschafter in keinem nothwendigen inneren oder geschichtlichen Zusammenhange. Vielmehr hat diese Befugniß kraft weit verbreiteten Gewohnheitsrechts auch über Deutschland hinaus und in Deutschland selber lange vor Einführung des D. H.-G.-B.'s bestanden, und man brauchte zu deren Begründung weder die unhaltbare Fiktion einer juristischen Persönlichkeit jeder Handelsgesellschaft, noch auch nur nothwendig die Existenz eines von dem Privatvermögen der Gesellschafter rechtlich getrennten Gesellschaftsvermögens zur Hülfe zu nehmen. Zudem aber wird ein von dem Privatvermögen der einzelnen Gesellschafter auch rechtlich unterschiedenes Gesellschaftsvermögen in mehr oder minder zahlreichen Folgesätzen durch Gesetzgebung und Gerichtsgebrauch auch solcher Länder anerkannt, für welche eine dem gegenwärtigen deutschen Handelsregister entsprechende Einrichtung nicht besteht."

b) Im vorliegenden Fall war aber nach der vom Ob.-H.-Ger. zu Grunde gelegten Interpretation des Sozietätsvertrages nicht Kläger allein, sondern nur in Gemeinschaft mit sämmtlichen Sozien zur Anstellung der Klage befugt. „Würde nun gleich, falls die Vorschriften des A. d. H.-G.-B.'s maßgebend wären, eine solche Beschränkung der Geschäftsführung Dritten gegen-

über nur insofern in Betracht kommen, falls dieselbe in Gestalt einer völligen Ausschließung von der Vertretungsbefugniß auftritt und zugleich dem Dritten bekannt war, oder nach gesetzlicher Vorschrift bekannt sein mußte, (v. H.-G.-B. Art. 115—117), so würde doch auch nach dem D. H.-G.-B. dieser strenge Grundsatz in einem Falle, wie dem vorliegenden, keineswegs zur Anwendung kommen, wo es sich nicht um Rechtsakte und Klagen gegen einen Dritten, sondern gegen ein Mitglied der Handelsgesellschaft, somit um einen wesentlich inneren Rechtsakt handelt, auf welchen die absolute Vertretungsbefugniß jedes nicht völlig von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafters für die ganze Gesellschaft sich keineswegs erstreckt, noch angemessener Weise erstrecken kann. (Anschütz und Völderndorff, Comm. z. d. H.-G.-B. II. S. 249.) (D. H.-G.-B. Art. 90, 99—104, vergl. mit Art. 114—118.) Das Russische H.-G.-B. aber (vergl. Fr. v. Schultz, das H.-G.-B. des Russischen Reiches. — Riga und Leipzig 1851.) stellt den vorstehenden strengen Grundsatz des D. H.-G.-B.'s, welcher wie dem früheren deutschen, so auch dem außerdeutschen Rechte fremd ist, an keiner Stelle auf, erklärt vielmehr alle Vereinbarungen unter den Kontrahenten für maßgebend, ohne zwischen den inneren und äußeren Beziehungen der Gesellschafter zu unterscheiden. §. 649 dieses Ges.-Buches (17. Febr. 71. M. L. 6; St. II. 12).

Art. 119—122.

Gesellschaftsvermögen.

41. „Das Handelsgesetzbuch hat das Gesellschaftsvermögen von dem Privatvermögen der Gesellschafter gesondert. Jenes wird als der Fond behandelt, der nach der Vereinbarung der Gesellschafter zu den Gesellschaftszwecken bestimmt und deshalb der Privatdisposition der einzelnen Sozien entzogen ist. Diese Entziehung ist auch Dritten gegenüber wirksam. Daher dient der Gesellschaftsfond zunächst und vorzugsweise zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger, nicht der Privatgläubiger der einzelnen Gesellschafter. In dieser Beziehung ist gleichgiltig, ob die Forderungen der letzteren vor oder nach der Begründung der Sozietät entstanden sind. Auch die Inhaber der vorher entstandenen Forderungen hatten als solche kein Recht an den einzelnen Vermögensstücken ihres Schuldners; insoweit also tritt ihnen eine Disposition des letzteren, welche durch den Eintritt in eine Handelsgesellschaft ihm selber die Disposition über die einzelnen Vermögensstücke benimmt und ihn auf einen Antheil an dem Sozietätsfond verweist, nicht zu nahe. Die Forderungen selber werden in ihrem Bestande dadurch nicht berührt. Nur die Befriedigungsmittel erleiden eine Aenderung — vgl. über dies Alles v. Hahn, Kommentar I, S. 268—276. Diese Aenderung kann, weil das Gesellschaftsvermögen zunächst den Gesellschaftsgläubigern haftet, eine sehr erhebliche sein. Sie kann die Uneinziehbarkeit, also den faktischen Verlust der Privatforderungen bewirken. Schon bei Prüfung des Preußischen Entwurfs wurde auf diese Gefahr verwiesen. — Vgl. Goldschmidt, Kritik des Preuß. Entwurfs ad Art. 88 und 88 desf. (Tit. I. Buch II)* — und den Bericht der zur Begutachtung des Handelsgesetzbuchs und seiner Einführung in Bremen

eingesetzten Deputation (S. 8 und 9). Die trotz dieser Bedenken in das H.-G.-B. aufgenommene Bestimmung des Art. 122 (im Falle des Konkurses der Gesellschaft werden die Gläubiger derselben aus dem Gesellschaftsvermögen abgesondert befriedigt) verträgt keine Auslegung, welche „zu den Gläubigern der Gesellschaft auch diejenigen rechnet, deren Forderungen schon vor der Existenz der Gesellschaft gegen einen der späteren Sozien entstanden und nicht durch besonderen Akt in Gesellschaftsschuld verwandelt sind. Eine solche Auslegung verkennt die eigenthümliche Rechtsstellung der im H.-G.-B. geregelten Handelsgesellschaft." — Vergl. auch Preuß. Konk.-Ordn. §. 288, 35. (21. März 71; M. II. 32; St. I. 64.)

Art. 110—122.

(v. Hahn, Komm. Bd. I. 1. Aufl. S. 310 fg.)

Ein Gesellschafter als Schuldner der Gesellschaft.

42. C. G. Müller u. Sohn in Sonneberg nehmen gegen Nicol. Alexander in Verona, der eine Zweigniederlassung in Sonneberg besitzt, Regreß Mangels Zahlung aus einem von Francesco Orsi in Genua an die Ordre des Bekl. ausgestellten, und durch diesen an die Kläger girirten Wechsel. — Aus den Gründen des den Bekl. verurtheilenden Erkenntnisses: „Ob Bekl. bis zum 17. Januar 1870 (der Wechsel war am 31. Dezbr. 1869 fällig) Repräsentant und Theilhaber der klägerischen Firma für Italien gewesen, erscheint völlig unerheblich. Denn wenn auch diese Thatsache unzweifelhaft wäre, so wäre dadurch keineswegs ausgeschlossen, daß Bekl., indem er unter eigener Firma den Wechsel an Kläger girirte, gegen diese Wechselverbindlichkeiten einging, sogar wenn die Wechselschuld für die vom Kläger empfangenen Waaren entstanden sein sollte. Will damit gesagt sein, daß die Aussteller des Wechsels den Klägern den Kaufpreis empfangener Waare schuldeten, so hat sehr wohl Bekl., obwohl Agent und sogar Theilhaber der klägerischen Firma, gerade dieser gegenüber für die Bezahlung des Kaufpreises durch sein Giro persönliche wechselmäßige Haftung übernehmen können, und es erhellt weder aus dem Wechsel noch anderweitig, daß dies nur in beschränktem Maße geschehen sei. Insoweit hiernach der Einwand als eine exceptio doli im Sinne des Art. 82 der deutschen Wechselordnung gedacht sein sollte, erscheint er völlig unsubstantiirt." (20. Jan. 71. C. I. 72.)

Art. 125, 128, 130.

Ausschließung eines Sozius.

43. „Daß das H.-G.-B., wenn es im Art. 125 die Beurtheilung über die Zulänglichkeit der für die Ausschließung geltend gemachten Gründe im Falle des Widerspruchs dem Ermessen des Richters überläßt, die Einleitung eines Prozeßverfahrens, welches dem von der Ausschließung betroffenen Sozius das in den Rechten geordnete Gehör verstattet, d. i. die Beschreitung des Klagewegs voraussetzt, ergiebt sich mit zweifelloser Bestimmtheit aus dem Wortlaute des mit der angezogenen Gesetzesvorschrift in wesentlicher Verbindung stehenden Art. 130, woselbst angeordnet ist, daß im Falle

der Ausschließung eines Gesellschafters die Auseinandersetzung der Gesellschaft mit demselben auf Grund der Vermögenslage erfolgt, in welcher sich die Gesellschaft zur Zeit der Behändigung der „„Klage““ auf Ausschließung befindet. Was den Antrag auf Erlaß einer provisorischen Verfügung anlangt, so berührt derselbe eine Frage, bezüglich welcher die Bestimmungen des Handelsgesetzbuchs eine ausdrückliche Entscheidungsnorm nicht darbieten. Zwar wurde von einem Mitgliede der Berathungskommission der Antrag gestellt, in einem Zusatzartikel zu bestimmen: „„daß der Gesellschafter, gegen welchen die Klage auf Ausschließung von der Gesellschaft eingereicht worden, vom Tage der Behändigung derselben an unfähig sei, im Namen der Gesellschaft Geschäfte abzuschließen.““ Allein die Beifügung eines solchen Artikels wurde von der Majorität der Konferenz abgelehnt, allerdings nicht deshalb, weil man die Zulässigkeit provisorischer Verfügungen im Allgemeinen bestritt, sondern weil man annahm, daß es, im Hinblick auf die beim Vorhandensein der entsprechenden Voraussetzungen nach jeder Gesetzgebung möglichen provisorischen Verfügungen überhaupt, eines besonderen Schutzmittels der Gesellschafter nicht weiter bedürfe.“ Protok. Theil I. S. 242 fg. (13. Sept. 70. M. I. 3; St. I. 2; C. I. 30.)

Art. 144, Abs. 1.

Stellung der Gesellschafter während der Liquidation.

44. Dem Bekl. ist durch ein mit seinem verstorbenen Associé durante societate geschlossenes Abkommen ein jährliches Präzipuum von 2000 Thlr. zugesichert worden. — Kann Bekl. diesen Voraus auch für die Zeit der nach dem Tode seines Associé stattgehabten Liquidation beanspruchen? Das Ob.-H.-Ger. verneint.

a) Ein Liquidationsverfahren im Sinne des Handelsgesetzbuchs, wie es durch Art. 133 fg. geregelt ist und auf welches allein die im Art. 144 Abs. 1 aufgestellte gesetzliche Fiktion direkt anwendbar ist, hat im vorl. Fall überall nicht stattgefunden, sondern der Bekl. hat die bisherige Gesellschaftsfirma und einen sehr großen (wenn nicht den größesten) Theil des Gesellschaftsvermögens übernommen und unter der Gesellschaftsfirma das Geschäft für seine eigene Rechnung fortgesetzt, eine Liquidation oder Realisirung für gemeinschaftliche Rechnung ist also nur in Betreff eines Theils der Aktiva und Passiva erfolgt.

b) Hiervon abgesehen „sind die fraglichen 2000 Thlr. dem Bekl. nach seiner eigenen Darstellung und als Aequivalent für eine Gegenleistung von seiner Seite, bestehend in der bei der Fortführung des gemeinschaftlichen Geschäftes zu entwickelnden ausschließlichen oder doch vorwiegenden Thätigkeit, bewilligt worden. (Der verstorbene Associé konnte sich in Folge andauernder Kränklichkeit wenig um das Geschäft bekümmern.) Diese Thätigkeit hörte aber mit der Auflösung der Gesellschaft von selbst auf und die etwaigen Mehrleistungen des Bekl. bei der späteren Abwickelung des Geschäftes und bei der Auseinandersetzung der Associé's können hier schon deshalb nicht in Frage kommen, weil die desfallsige Thätigkeit ihrer Natur nach eine andere und regelmäßig geringere ist, als diejenige, welche durch Weiterführung des

Geschäfts bedingt wird. An sich kann aber in Ermangelung einer ausdrücklichen anderweitigen Willenserklärung der Kontrahenten, welche der Beklagte in dieser Beziehung nicht behauptet hat, die Intention bei Abschluß der hier fraglichen Vereinbarung nur dahin gegangen sein, daß dem Beklagten die 2000 Thlr. nur so lange zu Theil werden sollten, als er auch die Gegenleistung, für welche sie ihm bewilligt wurden, beschaffen werde." — — (20. Septb. 71. M. II. 52.)

Art. 164 (150).

Gesammtverbindlichkeit des Komplementars und der Kommanditgesellschaft.

45. Der Gläubiger einer Kommanditgesellschaft kann seine Forderung gegen den persönlich haftenden Gesellschafter oder gegen die gesammten Mitglieder der Gesellschaft unter deren Firma geltend machen; „es ist aber der Rechtswirkung nach keineswegs gleichgültig, welchen prozessualen Weg der Rechtsverfolgung der Gläubiger beschritten hat." Ob und in wie weit ein gegen die Kommanditgesellschaft als solche ergangenes Urtheil ohne weiteres gegen das Privatvermögen der persönlich haftenden Gesellschafter wirkt (Anschütz und Völdernborff, Komm. Bd. 2, S. 373; von Hahn, Komm. Bd. 1, S. 284), bleibt dahin gestellt. Die Kondemnatoria wider den einzelnen Gesellschafter, und sei es auch der Komplementar, kann res judicata gegen die Gesellschaft nicht begründen, „weil der Komplex der Gesellschafter, als der Inhaber des Gesellschaftsfonds nach der der Klage gegebenen Richtung keine prozessuale Vertretung erlangt hat und erlangen konnte. Die Exekution hat demnach nur in das Vermögen des Verurtheilten, nicht in das Vermögen der Firma statt." Da mithin die beiden Klagen ein wesentlich verschiedenes Ziel verfolgen, so steht einer gegen die Gesellschaft gerichtete Klage der Einwand der Litispendenz nicht aus dem Grunde entgegen, weil bereits der Komplementar wegen derselben Forderung in Anspruch genommen ist. „Die Rechtsverfolgung vollzieht sich alsdann nach den bei Gesammtschuldsverhältnissen geltenden Grundsätzen." (3. April 71; M. II. 39; C. I. 163.)

Art. 171, (129).

Verlautbarung des Ausscheidens eines Kommanditisten zum Handelsregister.

46. Einem durch Gesellschaftsbeschluß ausgeschlossenen Kommanditisten der seine Einlage zurückfordert, ist entgegen gesetzt worden, daß er sich geweigert habe, im Handelsregister sein Ausscheiden als Kommanditist gemäß Art. 171 verlautbaren zu lassen. Der Einwand wurde für unbegründet erachtet, denn „nach Inhalt des gedachten Art. in Verbindung mit der generellen Bestimmung des Art. 129 handelt es sich dabei blos um die Erfüllung einer im öffentlichen Interesse gebotenen Ordnungsvorschrift, nicht um die Vollziehung einer durch Vertrag begründeten Gegenleistung Klägers. Und selbst wenn man zu Gunsten der Beklagten davon ausgehen will, daß

ihr an pünktlicher Ausführung jener Ordnungsvorschrift durch Kläger ein privatrechtliches Interesse zustehe, so würde der dadurch begründete Anspruch zur Zeit deshalb noch nicht als ein fälliger sich darstellen, weil Beklagte bis jetzt weder die durch die Ausschließung bedingte Befriedigung Klägers noch die ihrerseits eingetretene vertragsmäßige Liberation von weiteren Leistungen an den Kläger liquid gestellt hat. Bevor das Eine oder das Andere geschehen, ist Kläger zur definitiven Aufgabe seiner Gesellschaftsrechte durch Erklärung vor dem Handelsregister nicht für verpflichtet anzusehen." (3. April 71; M. II. 39; C. I. 163.)

Art. 215, Abs. 3 (Gesetz vom 11. Juni 1870).

Verbot des Erwerbes eigener Aktien.

47. Die Direktoren der beklagten Aktiengesellschaft haben dem Kläger, wie dieser behauptet, im Jahre 1859 versprochen, die Gesellschaft werde ihm bei Niederlegung seiner Agentur zwei Gesellschaftsaktien, die er als Agent statutenmäßig besitzen mußte, zum Nominalwerth wieder abnehmen. Aus diesem Versprechen wird im Jahre 1870 geklagt. Das Ob.-H.-Ger. nimmt an, daß dasselbe durch das im Art. 215, Abs. 3 des Ges. v. 11. Juni 1870 ausgesprochene Verbot nicht berührt werde. „Der Gesetzgeber hat dem fraglichen Verbot die Wirkung auf ältere Vertragsabschlüsse ausdrücklich nicht beigelegt. Auch der erkennbare Zweck des Gesetzes läßt diese Rückwirkung nicht als beabsichtigt erscheinen. Denn der wesentliche Zweck des die Kommanditgesellschaft auf Aktien und die Aktiengesellschaften betreffenden Bundesgesetzes vom 11. Juni 1870 war nach dem Inhalte des Gesetzes gerichtet auf die Aufhebung der zeither nach den Landesgesetzen vorgeschriebenen staatlichen Genehmigung und Beaufsichtigung der gedachten Gesellschaften, sowie auf die Schaffung gewisser, die Stelle dieser staatlichen Mitwirkung vertretenden Garantien. Zu diesen Garantien gehört unter Anderem das im Art. 215 ausgesprochene Verbot des Erwerbs eigener Aktien. Dasselbe trägt, wie die vorige Instanz mit Recht angenommen hat, eine Art von polizeilichem Charakter und keineswegs läßt sich annehmen, es sei die Absicht des Gesetzgebers gewesen, dadurch die Wirksamkeit der älteren Rechtsgeschäfte zu alteriren, die zur Zeit staaatlicher Beaufsichtigung der Aktiengesellschaften von deren Vertretern gültiger Weise abgeschlossen werden konnten, und wirklich zum Abschlusse gelangt sind. Es scheint dies um so gewisser, als im §. 4 und 5 des Gesetzes dessen Einfluß auf schon bestehende Verhältnisse ausdrücklich, jedoch ohne Erstreckung auf die Vorschrift des Art. 215 normirt worden ist." (13. Okt. 71; M. III. 69.)

Art. 227, 229, 235.

Vertretung der Aktiengesellschaft.

48. Die Statuten bestimmen, daß Willenserklärungen, sofern sie der Gesellschaft eine Verbindlichkeit auferlegen, außer vom Vorsitzenden noch von einem zweiten Direktions-Mitgliede unterzeichnet werden müssen. Diese Bestimmung ist auch auf mündliche Willenserklärungen, hinsichtlich deren die

Statuten nichts enthalten, anwendbar, „da dem Vorsitzenden des Vorstandes bei mündlichen Willenserklärungen keinenfalls ausgedehntere Befugnisse, als bei schriftlichen zustehen können." Eine vom Vorsitzenden allein dem Kläger gegenüber abgegebene Erklärung wurde deshalb in Bezug auf die Aktiengesellschaft für unverbindlich erachtet. „Die Bestimmung des Art. 231, Absatz 4 H.-G.-B. kann hieran nichts ändern, da sie nur von der Beschränkung des Vorstandes, nicht des Vorsitzenden des Vorstandes handelt, in welcher letzteren Beziehung vielmehr Art. 229 zu vergleichen ist." (4. Oktbr. 71; M. III. 36.)

Art. 245 (244, 141).

Anspruch des Aktionärs einer aufgelösten Aktiengesellschaft.

49. Die Liquidatoren der aufgelösten Rhein- und Lahneisenbahngesellschaft hatten die Auszahlung von 25 Procent des Nominalbetrages der Aktien an die Aktionäre beschlossen. Kläger als Inhaber von 190 Aktien beanspruchte den auf dieselben entfallenden Betrag, wurde aber in 2. Instanz angebrachter Maßen abgewiesen. Der Appellationsrichter vermißte namentlich „Angaben über die Größe des nach Bezahlung der Gesellschaftsschulden an die Aktionäre zu vertheilenden Ueberschusses, sowie über die Zahl der emittirten zur Theilnahme berechtigten Aktien" — und erachtete mithin die Berufung auf den Beschluß der Liquidatoren nicht für eine genügende Substantiirung der Klage. Das Ob.-H.-Ger. reformirte zu Gunsten des Klägers. Aus den Gründen:

a. Die Klage hat ihren Rechtsgrund in dem Gesellschaftsvertrage, durch welchen die Rhein- und Lahneisenbahngesellschaft errichtet worden ist. Die Aktionäre sind auf Grund dieses Vertrages berechtigt, nach Auflösung der Gesellschaft die reelle Theilung des Gesellschaftsvermögens zu begehren. Es ist „eben so unrichtig, wenn Verkl. meint, Kläger sei zu Geltendmachung seiner Rechte auf die communi dividundo actio beschränkt — als es unbegründet erscheint, wenn das Appellationsgericht davon ausgeht, daß der Aktionär, welcher die Theilung des Gesellschaftsvermögens mittelst Klage fordert, seinerseits den genauen Nachweis über das vorhandene Vermögen zu geben habe, um seine Klage zu begründen."

b. „Der Gemeinschaftsinteressent ist nicht verpflichtet, mit seinem Anspruch so lange zu warten, bis die Theilung des ganzen Vermögens definitiv geschehen ist. Er kann vielmehr die Theilung begehren, sobald theilbare Vermögensobjekte vorhanden sind."

c. „Kläger hätte, wenn die Liquidatoren es an ihren bezüglichen Verbindlichkeiten hätten fehlen lassen, auf Grund des Gesellschaftsvertrages seine Klage darauf richten können, daß die Liquidatoren ihm den Bestand des Aktivvermögens nachzuweisen hätten. — Aber die Liquidatoren haben den Aktionären und somit auch dem Kläger den Nachweis gegeben, daß der zur Vertheilung an die Aktionäre disponible Ueberschuß 25 Procent des Nennwerthes der Aktien betrage. — Kläger konnte mithin darauf klagen, ihn mit seinen Aktien an der Vertheilung der disponiblen Gelder Theil nehmen zu lassen. Mehr hat er nicht begehrt."

d. Ungerechtfertigt ist auch das Begehren der Bekl. sie nur gegen Herausgabe der Aktien zu verurtheilen. „Denn nur derjenige Aussteller eines Inhaberpapieres, welcher den ganzen Betrag der Forderung auszahlt, kann Auslieferung des Papiers verlangen, während wenn nur eine Abschlagszahlung geleistet wird, dieselbe auf dem Papier zu quittiren ist. Zur Gestattung hiervon hat sich Kläger erboten und damit demjenigen entsprochen, was in dieser Beziehung Verkl. rechtlich begehren kann." (14. Oktbr. 71; M. III. 72; C. I. 173.)

Art. 265.

Anspruch des Stillen.

50. „Unzweifelhaft richtig ist der Grundsatz, daß der rechnungspflichtige Schuldner, dessen Rechnung mit einem liquiden Saldo abschließt, zur Berichtigung desselben einstweilen angehalten werden kann und er sich der Verpflichtung hierzu unter dem Einwand nicht entziehen kann, daß noch andere Streitpunkte zu erledigen sind. Ebenso ist es richtig, daß diesem Grundsatz nicht durch Art. 265 H.-G.-B's. derogirt wird, d. h. daß der Geschäfts-Inhaber, welchem Art. 265 die Pflicht auferlegt, sich nach Auflösung des Gesellschaftsverhältnisses mit dem stillen Gesellschafter auseinanderzusetzen, und die Forderung desselben in Gelde zu berichtigen, die Auszahlung eines liquiden Saldo's nicht deshalb verweigern kann, weil eine förmliche Auseinandersetzung zwischen ihm und dem stillen Gesellschafter noch nicht stattgefunden hat." Auch wenn, wie im vorliegenden Fall, kein liquider Saldo vorhanden ist, braucht der Klage des stillen Associé nicht nothwendig eine förmlich Auseinandersetzung voraufzugehen. „Damit würde ein unnöthiger Formalismus statuirt und der Kläger (der Stille) nachtheiliger als jeder gewöhnliche Gläubiger gestellt werden. Es steht ihm, wenn der Bekl. sich in der Erfüllung des durch Art. 265 H.-G.-B.'s ihm auferlegten Pflicht säumig bezeigt, der Weg der Klage offen. Aber er muß den der Sachlage entsprechenden richtigen Weg einschlagen und er muß, so lange eine anerkannte liquide Forderung nicht vorliegt, nicht mit einer solchen, sondern mit dem allgemeinen Anspruch auf Rechnungslegung beginnen." (2. Septbr. 71.; C. I. 141.)

Art. 271.[1]

Handelsgeschäfte.

51. Die von den Parteien geschlossene Vereinigung betrifft Handelsgeschäfte im Sinne von Art. 271[1]. Denn was die Parteien ein Erpachten der Milch nennen, stellt sich juristisch als ein Kaufen derselben zum Zweck des Wiederverkaufes in verarbeiteter Gestalt dar. (13. Mai 71; M. II. 95.)

Art. 271[1], 272[1].

Handelsgeschäfte.

52. Die eingegangene Gesellschaft hat den Betrieb von Handelsgeschäften zum Gegenstand, und zwar von absoluten (Art. 271[1]), wenn

der Geschäftsbetrieb in der eigenen Anschaffung von Stoffen und in deren Veräußerung nach vorgenommener Färbung, von relativen, wenn er in der gewerbmäßigen Färbung fremder Stoffe gegen Entgelt besteht und der Betrieb über den Umfang des Handwerks hinausgeht. (26. Nov. 70; M. I. 36; St. II. 1.; C. I. S. 282.)

Art. 274, Abs. 2.

Von einem Kaufmann gezeichnete Schuldscheine.

53. a. Die im Art. 274, Abs. 2 aufgestellte Rechtsvermuthung „cessirt nur dann, wenn das Gegentheil aus dem Schuldscheine selbst mit Bestimmtheit sich ergiebt, wenn also die Urkunde den Zweck des Geschäfts erkennen läßt und der hiernach angezeigte Entstehungsgrund der Schuld offenbar nur der privatrechtlichen Sphäre des Kaufmanns im Gegensatze zu seiner kaufmännischen Thätigkeit angehört. Ein außerhalb des Geschäftsbetriebes liegender Entstehungsgrund ist jedoch im konkreten Falle durch den Inhalt der Klageurkunden keineswegs indizirt. Dieselben haben erkennbar den Zweck, die Einzahlungen zu einem Aktienunternehmen zu beschaffen, dessen Gegenstand die Uebernahme von Versicherungen gegen Prämie betrifft. Ein derartiges Unternehmen fällt an sich in den Bereich des Banquiergeschäfts. Der Beitritt dazu durch Betheiligung als Aktionär beruht, wenigstens bei einem Kaufmanne, präsumtiv auf der Absicht der Realisirung eines Gewinnes, also auf Spekulation. Die Eingehung eines solchen Geschäfts bleibt aber auch nach der Schlußbestimmung des Art. 272 noch dann ein Handelsgeschäft, wenn es zwar einzeln, jedoch von einem Kaufmanne im Betriebe seines gewöhnlich auf andere Geschäfte gerichteten Handelsgewerbes gemacht worden ist."

b. Die vorstehende Vermuthung cessirt auch nicht aus dem Grunde, weil die Schuldscheine von dem Kaufmanne nicht mit der Firma seiner Handlung, sondern mit seinem bürgerlichen Namen unterzeichnet sind. „Nach der Fassung des Gesetzes knüpft sich die Vermuthung an die von einem Kaufmanne gezeichneten Schuldscheine und diese allgemeine Fassung ist eine absichtliche. Denn der Auffassung, daß die gesetzliche Vermuthung der Zubehörigkeit zum Handelsbetrieb ausgeschlossen sei, wenn ein Kaufmann, der eine von seinem Namen verschiedene Firma führt, einen Schuldschein nicht mit dieser, sondern mit seinem Namen gezeichnet habe, wurde im Schooße der Nürnber er Konferenz (Protokoll S. 1298) ausdrücklich widersprochen und der Antrag: „„die von einem Kaufmann unter seiner Firma gezeichneten Schuldscheine"" zu setzen, abgelehnt (Protokoll S. 1298). Die allgemeine gesetzliche Präsumtion für den Zusammenhang des Schuldscheins eines Kaufmanns mit dessen Handelsgeschäften wird demnach durch die Unterzeichnung des bürgerlichen Namens nicht ausgeschlossen (vergl. Goldschmidt's Handelsrecht I., S. 508, Note 17)." — 13. Mai 71; M. II. 96; St. . . . C. I. S. 368. Derselbe Grundsatz ist angenommen in dem Erk. vom 21. Okt. 71; M. III. 75.

54. Nach Art. 274, Abs. 1 sind alle Verträge eines Kaufmannes, von denen es nicht zweifellos ist, daß sie außerhalb seines Gewerbebetriebes

abgeschlossen sind, als Handelsgeschäfte zu betrachten. Zur Ausschließung der in diesem Art. ausgesprochenen Präsumtion ist demnach die Feststellung erforderlich, daß im konkreten Falle kein Zweifel darüber obwaltet, daß der Vertrag nicht zum Handelsgewerbe gehört. Der Appellrichter scheint allerdings im vorl. Fall das „Nichtvorhandensein solcher Zweifel" anzunehmen, — allein auf Grund einer unrichtigen Auslegung des Art. 274. Er argumentirt: wenn der Vertrag zwischen Verkl. und Karl K. deshalb, weil letzterer Kaufmann ist, als Handelsgeschäft zu betrachten wäre, so müßte jedes Geschäft, namentlich jedes Wechselgeschäft eines Kaufmanns mit einem Nichtkaufmann als Handelsgeschäft gelten. Diese Folgerung ist in der That richtig, sofern das Geschäft bewegliche Sachen betrifft (Art. 275) und sofern die etwa obwaltenden Zweifel nicht im entgegengesetzten Sinne erledigt werden. „In Ansehung von Wechselzeichnungen eines Kaufmannes unterliegt überdies die Anwendbarkeit des Abs. 2, Art. 274 keinem Bedenken, und demgemäß gilt der Wechsel als im Betriebe des Handelsgewerbes gezeichnet, sofern sich nicht **aus ihm selbst** das Gegentheil ergiebt." (18. Nov. 71; C. II. 7.)

Art. 275.

Vertrag über Immobilien.

55. Klägerin hat für Sch. in Höhe von 6300 Thlrn. Bürgschaft übernommen und dem Gläubiger zur Sicherstellung ein Faustpfand an einem Hypothekenkapital dergestalt eingeräumt, daß sie ihm wegen des zum 1. Oktober 1865 etwa noch nicht zurückerstatteten Betrages der 6300 Thlr. jure cessa an der verpfändeten Hypothek ertheilt hat. „In der bedingten Cession der Hypothek über 8000 Thlr. liegt eine Verpfändung. Dieselbe läßt sich aber als ein Vertrag über unbewegliche Sachen im Sinne des Art. 275 des H.-G.-B.'s nicht auffassen, da ihren Gegenstand die Forderung selbst bildet. Ueberdies muß, da die Pfandbestellung nur den Zweck hat, die Erfüllung der Pflichten aus der Bürgschaftsübernahme zu sichern, letztere als das Hauptgeschäft betrachtet und nach ihr der Vertrag charakterisirt werden." (17. Febr. 71; M. II. 7; St. II. 11; C. I. 134.)

56. Bäume, welche zum Abholzen verkauft sind, gehören zu den beweglichen Sachen. (23. Mai 71; St. II. 41; C. I. 168.)

Art. 278, 317.

Handelsgeschäfte. Auslegung.

57. Bei der Auslegung von Handelsgeschäften muß der wahre Wille der Kontrahenten erforscht und ohne Rücksicht auf die Form seiner Aeußerung zur Anwendung gebracht werden. Art. 278, 317 H.-G.-B. Dieser Grundsatz ist im Gegensatz zum Appellrichter, der auf A. L.-R. I. 5 §. 117 zurückgehen wollte, zur Geltung gebracht in einem Falle, in welchem nach dem notariellen Vertrage die „in dem sog. Lohbusch und der vordersten Heide" befindlichen Waldbäume zum Abholzen verkauft waren, während der Kläger behauptete, diese Bezeichnung sei eine unrichtige und der mündliche Vertrags-

abschluß habe den Holzbestand auf einem andern Terrain zum Gegenstand gehabt. (23. Mai 71; St. II. 41; C. I. 168.)

Art. 278, (279).

Nach Berliner Usanzen.

58. a. „Was den aus den Einkaufskommissionen erhobenen Anspruch anlangt, so kommt es auf die Frage an, ob der Inhalt der üblichen Schlußscheine der Berliner Makler zum Inhalt des zwischen beiden Theilen abgeschlossenen Vertrages gemacht ist. Hier ist den vorigen Erkenntnissen darin beizustimmen, daß wenn die Klägerin dem Bekl. nach der ersten Bestellung unter dem 23. Jan. 68. anzeigte, daß sie, dem empfangenen Auftrage gemäß, für Rechnung des Bestellers nach den bestehenden berliner Usancen und in Grundlage der üblichen Schlußscheine der Berliner Makler den Ankauf besorgt hätte und selbst, dem Besteller gegenüber, als Verkäuferin angesehen sein wollte, — wenn Bekl. darauf sofort brieflich seine Genehmigung aussprach, nunmehr nicht blos dieses Lieferungsgeschäft, sondern auch die nachfolgenden als auf Grundlage der Berliner Schlußscheine abgeschlossen zu betrachten sind, ohne daß es darauf ankommt, ob der Bekl. die üblichen Schlußscheine kannte oder nicht, und ohne daß von Einfluß ist, daß die Schlußscheine die Worte enthalten „„durchgelesen, genehmigt und eigenhändig unterschrieben,““ während in vorliegendem Falle eine Unterschrift derselben nicht erfolgt ist, da die Parteien selbstverständlich den Inhalt der Schlußscheine auch mittelst einer brieflich unter ihnen erfolgten Vereinbarung zur Norm für den Abschluß ihrer Geschäfte machen konnten.“

b. „Die Schlußscheine, welche nach Obigem in ihrem ganzen Inhalt zur lex contractus erhoben sind, enthalten im §. 13 die Bestimmung, daß die Streitigkeiten aus dem Vertrage einer schiedsrichterlichen Entscheidung unterliegen sollen, und ordnen zugleich das Nähere über die Konstituirung des Schiedsgerichts an. In Gemäßheit dieser letzteren Bestimmung ist, wie Klägerin behauptet, von ihr verfahren worden und hat das konstituirte Schiedsgericht den Bekl. verurtheilt. Die Klage ist hiernach auf Grund des Schiedsspruches als wohl fundirt zu betrachten.“ (4. Nov. 70; M. I. 25; St. I. 29.)

Art. 279 (278).

Usancen als Interpretationsmittel.

59. „Anschließend an den Art. 278, welcher den Richter zur Erforschung des Willens der Kontrahenten ohne ängstliches Haften an dem buchstäblichen Sinne ihrer Erklärungen verpflichtet, verweist der Art. 279 den Richter auf die Usance als ein wichtiges Interpretationsmittel für diesen Willen. Weil im Zweifel das Gebräuchliche als gewollt anzunehmen, läßt sich der Inhalt der Rechtsverhältnisse, also „„Bedeutung und Wirkung von Handlungen und Unterlassungen““ in der Regel aus dem Gebräuchlichen erkennen. Namentlich im Handelsverkehr hat die Verkehrssitte erhöhte Bedeutung, weil die Kenntniß derselben bei den Betheiligten vorausgesetzt werden muß, weil ferner die nothwendige Schleunigkeit und Sicherheit der Fest-

stellung wesentlicher Vertragspunkte zur Anwendung und Festhaltung eines regelmäßigen Verhaltens drängt, und weil Treu und Glauben verbieten, das gewöhnlich oder allgemein Gewollte ohne klaren Ausschluß für nicht gewollt zu halten. — Vgl. Goldschmidt, Handb. I. S. 235, 236. — Nicht also um Rechtssätze und Rechtsbegriffe, welche durch „„Gewohnheitsrecht"" zu konstruiren oder durch das Verhalten der Parteien zu ändern wären, handelt es sich im Art. 279, sondern um die in der Handelssitte liegende Erkenntnißquelle für den Willen der Kontrahenten. — Vergl. v. Hahn, Kom. II. S. 62. - Im vorliegenden Falle folglich hätte der Appellationsrichter für die Frage: ob das Stillschweigen des Imploraten auf die erhaltenen Kontoauszüge handelsgebräuchlich als Genehmigung gelte, mit anderen Worten, ob im Kontokorrentverkehr die Genehmigung des Auszugs auch durch Stillschweigen manifestirt werde, weder das anscheinend vom Kläger behauptete Gewohnheitsrecht noch auch die ihm vom H.-G.-B. angewiesene Erkenntnißquelle, nämlich die Handelssitte, aus dem von ihm gegebenen unzutreffenden Grunde verwerfen dürfen." (27. Juni 71; M. III. 1; St. II. 63.)

60. a. Die N.-Beschw. hat die Entscheidungsgründe des Appell.-richters mißverstanden. Derselbe hat nicht einen Handelsgebrauch dahin statuirt:

der Käufer habe bei Mehllieferungen den Preis der Säcke zu bezahlen, wenn er dieselben nicht binnen 4 Wochen zurücksende,

„sondern er deducirt vielmehr: wenn wie im vorl. Fall die Faktur den Preis der Säcke aufgenommen und außerdem bestimmt habe, die Säcke könnten zum berechneten Preis binnen 4 Wochen zurückgesendet werden, so werde durch Nichtinnehaltung der Frist der Käufer zur Preiszahlung verpflichtet, weil nach Handelsgebrauch zeitig, d. h. innerhalb vierwöchiger Frist zu remittiren sei. Offenbar nimmt also der Appellrichter hierbei an: nach den im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuchen sei in dem Schweigen während jener Frist und im Unterbleiben der Rücksendung der Säcke während des Verkaufs derselben eine stillschweigende Uebernahme der Verpflichtung zur Zahlung des statuirten Preises zu finden (vergl. Art. 279 H.-G.-B.). Dies hat also nicht den Sinn, den Entscheidungsgrund auf eine in einem Gewohnheitsrecht sich gründende objektive Rechtsnorm zu stützen, sondern nur die Bedeutung, aus demjenigen, was im kaufmännischen Verkehr Gebrauch ist, die Folgerung zu rechtfertigen, es sei eine der Klägerin zur Seite stehende stillschweigende Vereinbarung anzunehmen. — „Auch bei freier Beurtheilung des Sach- und Rechtsverhältnisses würde auf Grund des Inhalts der Faktur in Verbindung mit der Versäumung der vierwöchigen Frist und mit demjenigen, was im kaufmännischen Verkehr üblich ist und was die bona fides erheischt, die vom Appellrichter für durchgreifend erachtete stillschweigende Vereinbarung angenommen werden müssen." (6. Juni 71; St. II. 51.)

Art. 279 (294).

Stillschweigendes Anerkenntniß.

61. Unter den Parteien hat eine fortgesetzte Geschäftsverbindung der-

artig bestanden, daß Kläger dem Bekl. Rohtabacke behufs Verarbeitung zu Cigarren überliefert, Bekl. dagegen für die abgelieferten Cigarren Geldzahlungen resp. Vorschüsse auf dieselben empfangen hat. Zur Fixirung der Geschäftsergebnisse diente ein Kontobuch, welches im Besitz des Bekl. verblieb, von ihm aber jedesmal, wenn er Cigarren ablieferte oder Gelder abholte, mitgebracht wurde. In dieses machte der Prokurist der Kläger auf Debet- und Kreditseite die entsprechenden Einträge. Nach Bewirkung der Einträge wurde das Buch dem Bekl. wieder zurückgegeben. „Ist in den einzelnen Fällen der Empfangnahme des Buchs gegen die darin vermerkten Einträge seitens des Beklagten ein Widerspruch gegen Kläger oder dessen Stellvertreter nicht geltend gemacht worden: so läßt das Verhalten des Bekl. eine andere Auffassung, als die der Genehmigung dessen, was durch die Einträge in dem Buche verlautbart worden, nicht zu. Denn es war demselben, nach dem offenkundigen Willen der Parteien, die Bestimmung gegeben worden, im Interesse beider Theile eine fortlaufende Uebersicht über die gegenseitigen Schuldenverhältnisse aufzustellen, zu dem Zweck, um künftigen Differenzen über den Verlauf der geschäftlichen Beziehungen vorzubeugen. Dieser Zweck war lediglich dann zu erreichen, wenn Bekl. jedesmal bei Empfang des Buchs, das ist zu einer Zeit, wo beiderseits Kontrahenten am besten im Stande waren, die Richtigkeit der Einträge zu beurtheilen, die neu eingetragenen Vermerke prüfte und seinen etwaigen Dissens ohne Verzug dem Kl. zu erkennen gab. Es würde nicht nur dem Zweck einer solchen Buchführung, der gerade darin besteht, spätere Rügen auszuschließen, sondern auch dem den Handelsverkehr beherrschenden Prinzip von Treue und Glauben durchaus widerstreiten, wollte man dem Geschäftskunden, der das Beibuch mit den in dasselbe gebrachten Einträgen widerspruchslos angenommen hat, verstatten, zu jeder beliebigen späteren Zeit, oder wohl gar, wie jetzt der Fall, längst nach Abbruch der Geschäftsverbindung mit Ausstellungen gegen den Inhalt einzelner, den Verlauf des Geschäftsverkehrs bekundender Einträge hervorzutreten. Der Empfänger des Buchs hat im Falle seines Schweigens die Einträge eben thatsächlich genehmigt, (H.-G.-B. Art. 279). — Die Existenz der Einträge in dem fraglichen, in des Bekl. Besitz vorgefundenen Beibuch begründet demnach, bis zum Nachweis rechtzeitig erhobenen Widerspruchs, die Vermuthung thatsächlich erfolgten Anerkenntnisses des durch jene Einträge bekundeten Rechtsbestandes." Demnach kann Bekl. Einwendungen in Bezug auf die Höhe der ihm im Beibuch gutgeschriebenen Beträge nicht mehr vorschützen. Dagegen ist ihm die Geltendmachung von Rechnungsfehlern nach Art. 294 nicht zu versagen. (17. Dezbr. 70; M. I. 47; St. II. 4; C. I. 129.)

Art. 279.

Usance beim Behalten unbestellter Waaren.

62. Die Annahme und das Behalten der mit Preisnote übersendeten Waaren läßt ebenso nach allgemeinen Grundsätzen (§. 98 sächs. b. G.-B.) wie nach kaufmännischer Sitte (Art. 279, H.-G.-B.) der Regel nach eine andere Auffassung als die faktische Preisgenehmigung nicht zu. (15. Sept. 71; M. III. 23; St. II. S. 34).

Art. 281 (274).

Bürgschaft als Handelsgeschäft.

63. a. Daraus allein, daß der zwischen Gläubiger und Hauptschuldner geschlossene Kreditvertrag die Natur eines Handelsgeschäftes hat läßt sich die Qualität der Bürgschaft als eines Handelsgeschäftes zwar nicht herleiten; die übrigen Gründe jedoch, aus denen der Appellrichter diese Qualität im vorl. Falle verneint hat, sind hinfällig. Art. 281 enthält über die Erfordernisse der Bürgschaft als Handelsgeschäft keine Bestimmung; die Frage ist daher lediglich auf Grund von Art. 271—274 zu beantworten. „Wenn der Appellrichter die Unentgeltlichkeit des in Rede stehenden Bürgschaftsvertrages hervorhebt, so übersieht er den Zusammenhang zwischen dem Kreditvertrage und dem Bürgschaftsvertrage. Nach Lage der Sache ist anzunehmen, daß Bekl. (der Gläubiger) auf den erstgedachten Vertrag nicht eingegangen sein würde, wenn sich nicht Klägerin zu der Verbürgung entschlossen hätte. Dem Bekl. gegenüber fällt letztere in den Bereich der Gegenleistungen für seine Kreditgewährung. Es kann daher auf sich beruhen bleiben, ob es überhaupt von Erheblichkeit sein könnte, wenn die fragliche Bürgschaft als reiner Vortheil auf Seiten des Bekl. zu betrachten wäre."

b. Der Appellrichter meint, daß Bekl. nur mit dem Hauptschuldner in handelsrechtlicher Verbindung gestanden habe. Daher könne die Annahme der klägerischen Verbürgung seitens des Bekl. nicht zu dessen Handelsgewerbe gehört haben. Hiergegen kommt in Betracht: Art. 274 in Verbindung mit Art. 273[1] stellt eine Vermuthung für die handelsgeschäftliche Qualität aller Verträge des Kaufmannes auf; im vorl. Fall wird diese Vermuthung nicht nur durch keine besonderen Thatsachen ausgeschlossen, sondern im Gegentheil gerade dadurch wesentlich bestärkt, daß der Bürgschaftsvertrag die Grundlage des Kreditvertrages, also eines Banquiergeschäftes bildet, den Bekl. in seiner Eigenschaft als Banquier abgeschlossen hat. (17. Febr. 71; M. II. 7; St. II. 11; C. I. 134.)

64. „Wenn man auch die Erklärung des Bekl. als Bürgschaft auffassen könnte, so würde doch die Ausführung, daß Kläger durch die Nichtanmeldung der Forderung zum F.'schen Konkurse es verschuldet, daß Bekl. nicht wenigstens theilweise Befriedigung vom Hauptschuldner erlangen könne, und deshalb auch den Bekl. nicht belangen könne, nicht zutreffen, da die vorl. Schuld auf Seiten des Hauptschuldners F. ein Handelsgeschäft ist und dem Kläger dem Bekl. gegenüber eine Verpflichtung, den F. zunächst in Anspruch zu nehmen, nach Art. 281 überall nicht oblag." (27. Jan. 71; M. I. 74.)

Art. 282.

Sorgfalt.

65. Der Appellationsrichter hat angenommen, daß die Anfragen des Imploranten und die Antworten des Imploraten auf Seite des letzteren keine

Handelsgeschäfte gewesen seien. Der Art. 282 ist daher auf den Imploraten nicht anwendbar. (20. Dezbr. 70; St. I. 21; C. I. 50.)

66. Nach der Uebung des Handelsstandes läßt sich nicht anders annehmen, als daß „die Intention der Kontrahenten beim Distanzhandel wesentlich blos darauf gerichtet sei, dem Empfänger von mit Hüllen umgebenen Waaren — falls er überhaupt nach den besonderen Umständen zur Rückgabe dieser Hülle (Emballage, Fastage) verpflichtet ist, die Verbindlichkeit zu deren Rücksendung im Wege geeigneter Transportgelegenheit aufzulegen. Bei Benutzung derartiger Beförderungsmittel hat der Letztere der ihm als ordentlichen Kaufmann (Art. 282 H.-G.-B.) obliegenden Diligenz vollständig genügt. Der weitere Verlauf und der Erfolg der von dem Transportanten übernommenen Leistung liegt nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge außerhalb des Bereichs maßgebender Einwirkung des Absenders. Zwar wird sich derselbe im Falle unterbliebener Ankunft der Sache bei dem Adressaten, allgemeinen Rechtsgrundsätzen zufolge, nicht entbrechen können, die ihm dem Transportanten gegenüber zustehende actio locati dem Adressaten (Herleiher der Emballage) abzutreten. Eine Verpflichtung des Absenders zu eigener Vertretung des Transporterfolgs läßt sich aber in alle Wege nicht erkennen." (3. Febr. 71; St. II. 10; C. I. S. 285.)

Art. 283.

Schadensersatz.

67. „Wenn (in dem oben unter Nr. 31 mitgetheilten Fall) hervorgehoben wird, daß das Gebehren des Bekl. einer verschiedenen rechtlichen Beurtheilung unterliege, je nachdem es in die Zeit des bestehenden Kontrakts oder nachher falle, so führt dies höchstens zu einer Beschränkung der in Art. 56 dem Prinzipal eingeräumten umfänglicheren Befugniß —, Ersatz des verursachten Schadens zu fordern. Zum Mindesten als eine mittelbare Folge des Vertragsbruchs ist aber der vom Kläger geltend gemachte Schaden unbedenklich zu betrachten und dies reicht nach — Art. 283 aus, den Bekl. dafür haftbar zu machen." (3. Oktbr. 70; M. I. 7; St. I. 24; C. I. 14.)

Art. 284.

Konventionalstrafe.

68. „Daß Konventionalstrafe und Erfüllung im Zweifel nicht vereint gefordert werden können, ist gemeinrechtlicher Grundsatz; L. 115, §. 2 D. de v. o. (45, 1). Die Anwendbarkeit dieses Grundsatzes ist in dem Gebiete des Handelsrechts nicht ausgeschlossen. Demselben ist insbesondere durch die speciellen Bestimmungen des Art. 284 des H.-G.-B.'s nicht derogirt. Es muß also auch hier dargethan werden, daß der (nach Art. 278 des H.-G.-B.'s vor Allem maßgebende) Wille der Parteien dahin gegangen sei, daß die Konventionalstrafe mit und neben der Erfüllung solle gefordert werden können. Gründe, die hierfür sprächen, liegen nicht vor, vielmehr spricht die ungewöhnliche Höhe der Konventionalstrafe dagegen und für die Ansicht,

daß die Parteien das zu prästirende Interesse haben feststellen wollen." (2. Sept. 71. C. I. 174.)

Art. 284, Abs. 3 (278).

Konventionalstrafe. Auslegung.

69. a. „Es kann sich bei der Interpretation der auf das Ausbedingen einer Konventionalstrafe bezüglichen Vertragsstipulation — nur um die Ermittelung des wirklichen Vertragswillens der Paciscenten handeln. Diese Aufgabe ist der richterlichen Thätigkeit schon nach dem allg. bürgerlichen Recht zugewiesen, L. 219 D. de V. S. (50, 16), ganz besonders aber wird sie dem Richter durch das H.-G.-B. zur Pflicht gemacht, Art. 278. — Selbstverständlich kann hierbei nur der wirklich erklärte Wille in Betracht kommen. Auch ist es zwar richtig, daß beim Vorhandensein begründeter Zweifel über die Tragweite des erklärten Vertragswillens — die Auslegung zum Nachtheil dessen zu erfolgen hat, welcher aus dem Vertrage ein Recht auf eine ihm vortheilhaftere und größere Leistung ableitet, L. 9,56, 192 D. de R. J. (50, 17). Allein letztere der Natur der Sache entnommene Auslegungsregel ist einerseits keine dem Pönalvertrag eigenthümliche, andererseits steht ihr die gleich wichtige Regel zur Seite, daß, wenn bei der Auslegung eines Vertrages auf die Absicht der Parteien zurückzugehen, diejenige Auslegung anzunehmen ist, welche der übrigen zweifellosen Vertragsbestimmung am meisten entspricht. L. 134 §. 1 D. de V. O."

b. Anwendung dieser Grundsätze im konkreten Fall. Die Parteien hatten einen Vertrag geschlossen, Inhalts dessen Bekl. verpflichtet war, während des Jahres 1866 das ihm vom Kläger einzuliefernde Rohholz zu verschneiden und sonst zu verarbeiten, wogegen Kläger sich verbindlich gemacht hatte, dem Bekl. mindestens 200,000 Kubikfuß Rohholz zur Verarbeitung im Laufe des Jahres zu übergeben. Zugleich hatten sich die Kontrahenten einer Konventionalstrafe von 10½ Pfennigen pro Kubikfuß unterworfen, und zwar Bekl. für jeden zur Verarbeitung übernommenen, aber unverschnitten gelassenen Kubikfuß, Kläger für jeden innerhalb des Jahres 66. von den 200,000 nicht gelieferten Kubikfuß. Kläger hat dem Bekl. nicht das volle Quantum von 200,000 Kubikfuß geliefert, aber doch so viel, daß Bekl. jederzeit mit ausreichendem Material zum Betriebe seiner Schneidemühle versorgt war. Es frägt sich: kann Kläger die Konventionalstrafe für so viel Kubikfuß beanspruchen, als Bekl. von dem ihm gelieferten Material unverarbeitet gelassen hat, oder ist die Forderung des Klägers deswegen unbegründet, weil er dem Bekl. nicht das volle Normalquantum herangeschafft hat. Das Ob.-H.-Ger. hat im Gegensatz zur Vorinstanz (Ob.-Appell.-Ger. Dresden) zu Gunsten Klägers entschieden. Kläger sei nicht unter allen Umständen zur Leistung des Normalquantums, sondern zunächst nur dazu verbunden gewesen, den Bekl. mit ausreichendem Material zum Betriebe seiner Schneidemühle zu versorgen. Sofern Bekl. dieses Material nicht abgearbeitet habe, sei die Konventionalstrafe von ihm verwirkt. „Denn in gewisser das Ausbedingen einer Konventionalstrafe im Allgemeinen eben den Zweck verfolgt, das Interesse der Nichterfüllung — zufolge Art. 284 Abs. 3 des A. D. H.-G.-B's. nach einem Minimalbetrage—im Voraus zu quantifiziren,

um der Nothwendigkeit eines besonderen Schadennachweises überhoben zu sein: desto unwahrscheinlicher stellt es sich dar, daß die Parteien — wie als Konsequenz der gegentheiligen Auffassung sich ergeben würde — nur einzelne Seiten der, an sich gleichmäßiger Sicherung bedürftigen, Vertragserfüllung dem Schutze der bedungenen Konventionalstrafe unterstellt, bezüglich aller anderen Seiten aber dem Verletzten die Rechtsausführung nach den allgemeinen Grundsätzen über Schadenersatzpflicht anheimgegeben haben sollten. (13. Sept. 70. M. I. 2; St. II. 1; C. I. 21.)

Art. 288, 289.

Verzugszinsen.

70. a. „Was zunächst den vom Kläger erhobenen Zinsanspruch anlangt, so ist der Inhalt der unterm 3. Septbr. 1869 ausgestellten Faktur maßgebend, wonach dem Kläger ein Ziel von drei Monaten gewährt ist, welche nach der einfachsten und natürlichsten Deutung ihren Lauf mit der Absendung der Waaren beginnen. — Ob nicht bei jener Beredung der Fälligkeit stillschweigend vorausgesetzt ist, daß vor dem Ablauf der drei Monate die Waarensendung bei dem Käufer angekommen ist, kann hier auf sich beruhen bleiben, da der Bekl. seinem eigenen Geständnisse zufolge die Waare in der Zeit vom 3. Septbr. bis zum 1. November 1869 empfangen hat."

b. Die Forderung war also am 3. Dezbr. 1869 fällig und da beide Theile Kaufleute sind, auch ein beiderseitiges Handelsgeschäft vorliegt, so laufen auch von diesem Tage an Verzugszinsen nach Art. 289. — Selbst abgesehen von Art. 289 müßte man aber im vorl. Falle zu demselben Resultat auf Grund des Art. 288 und der in demselben enthaltenen Verweisung auf das bürgerliche Recht gelangen. „Der Vorschlag, den Grundsatz dies interpellat pro homine im H.-G.-B. auszuschließen, ist nicht durchgedrungen, im Gegentheil derselbe da für anwendbar erklärt, wo er im bürgerlichen Rechte sanctionirt ist." (Das hier als jus generale zur Anwendung kommende sächs. Recht läßt im vorl. Falle den Zinsenlauf mit dem Eintritt der Fälligkeit beginnen.) 8. Juni 71. M. II. 84.

Art. 290.

Vergütung für Emballage.

71. Kläger hat neben dem Kaufpreise für die dem Bekl. übersendeten Glaswaaren noch einen Ansatz für Verpackung und Stroh gemacht. Dieser Anspruch wurde dem Kläger von dem Instanzrichter auch zugebilligt trotz der vom Bekl. vorgebrachten Behauptung, daß das zur Emballage verwendete Stroh nach der Ablieferung und Auspackung der Waaren, von den Frachtführern wieder mitgenommen und dem Kläger wieder abgeliefert worden sei. Vom Appellationsrichter wurde hiergegen namentlich ausgeführt, es handle sich bei dem Ansatz: „Packung und Stroh" nicht blos um das verwendete Material, sondern zugleich um Vergütigung des durch die Arbeit des Verpackens erwachsenen Aufwandes, weshalb es Sache des Bekl. gewesen, anzugeben, zu welchem Theilbetrage durch die von ihm behauptete Zurücksendung des Verpackungsmaterials die Forderung auf Vergütung jenes Ge-

sammtaufwandes bereits zum Erlöschen gelangt sei. — Das Ob.-H.-G. hat diese Gründe adoptirt. „Es muß im Zweifel davon ausgegangen werden, daß der Ansatz der Emballage auch die Vergütung für die erforderlich gewesene Mühwaltung in sich schließe, deren Unentgeltlichkeit nach Art. 290 H.-G.-B. im allgemeinen nicht zu präsumiren ist“; dazu komme, daß das vom Kläger aufgewendete Verpackungsmaterial, durch die zu Gunsten des Bekl. erfolgte Benutzung jedenfalls eine Verringerung seines früheren Werthes erlitten habe. Hiernach habe Bekl. günstigsten Falles doch nur einen Anspruch auf theilweise Liberirung. Zu einer Feststellung in dieser Hinsicht fehle es aber an den nöthigen Parteiangaben. (15. Sept. 71; M. III. 23.)

Art. 291.

Zinseszinsen.

72. Der Anspruch des Klägers auf Zinseszinsen für die hinter dem 1. Januar 1868 liegende Rechnungsperiode ist nicht gerechtfertigt. Kläger konnte von diesem Zeitpunkt an nicht mehr neue Saldobeträge bilden, „weil die beiderseitige Geschäftsverbindung der Parteien, insofern dieselbe wesentlich auf die Fortsetzung der Waarenbezüge des Bekl. sich stützte, mit dem 27. Okt. 1865 faktisch gelöst war. Denn seit dieser Zeit hat Bekl. neue Waarenposten aus des Klägers Handlung nicht entnommen; es stand daher seitdem blos noch die Abwickelung der aus dem früher bestandenen Geschäftsverkehr sich ergebenden Rechtsfolgen in Frage. Von einer laufenden Rechnung im Sinne des Art. 291 H.-G.-B. konnte bei einer solchen Sachlage unter allen Umständen nicht weiter die Rede sein.“ (22. Juni 71. M. II. 100.)

Kontokorrent.

73. a. Es ist zu unterscheiden zwischen dem eigentlichen Kontokorrentgeschäft, welchem immer ein Kontokorrentvertrag zu Grunde liegt, und dem Fall, wo nur die wechselseitigen Lieferungen, Auslagen, Zahlungen u. dergl. „in fortlaufender Reihe“ kontirt werden.

Vielfach wird angenommen: auch in diesem letzteren Fall bedeute das Stillschweigen des Empfängers periodischer Rechnungsabschlüsse, verbunden namentlich mit Fortsetzung des Verkehrs, ein Zugeständniß bezüglich der Richtigkeit der Posten, welche der Rechnungsabschluß aufführt. „Ob diese Meinung begründet ist, kann unentschieden bleiben.“ Höchstens hat aber hier das Stillschweigen die Kraft eines Beweismittels für die Richtigkeit der einzelnen Posten. Daraus folgt: „wird der Saldo geltend gemacht, so kann sich die Klage nicht blos auf das Stillschweigen, also auf das Beweismittel stützen, sondern sie muß die Faktoren des Anspruchs, also die einzelnen Posten vorführen und darlegen.“

Anders beim eigentlichen Kontokorrentgeschäft. Hier enthält das unter Fortsetzung des Verkehrs beobachtete Stillschweigen auf die Zustellung des periodischen Rechnungsabschlusses ein Anerkenntniß des Saldos. In diesem Fall ist also die Darlegung der einzelnen Posten, auf welche der Saldo sich gründet, zur Substantiirung der Klage nicht erforderlich.

b. Beweis für die Existenz eines eigentlichen Kontokorrent-

vertrages. Der Beweis, welchen Kläger im vorl. Falle angetreten hatte, wurde nicht für genügend erachtet. Die Bezugnahme auf die Handelsbücher nicht, weil feststand, daß dieselben nicht über das Jahr 1856 zurückgingen, und sie daher über den streitigen Saldo pro ult. 1855 Nichts ergeben konnten. Ebensowenig die Berufung auf Zeugen dafür, daß die Parteien seit über 20 Jahren in laufender Rechnung (Kontokorrent) gestanden. Denn im gewöhnlichen Sprachgebrauch versteht man hierunter sowohl die bloße Kontirung in fortlaufender Reihe wie das Kontokorrentgeschäft im technischen Sinne. „Dieser der Beurtheilung von Zeugen nicht zu unterstellende Unterschied ist aber im vorl. Falle um so wichtiger, als Bekl. die einzelnen Zahlungen und Auslagen des Klägers meist und namentlich 1861, 1862 und 1865 schleunig gedeckt und resp. erstattet hat." (27. Juni 71. M. III. 1; St. II. 63; C. I. 120.)

74. Die Nichtigkeitsbeschwerde beruht auf der Verwechselung des eigentlichen Kontokorrentgeschäfts mit einem fortgesetzten Geschäftsverkehr,*) über welchen chronologisch-fortlaufende Rechnung geführt wird. „Diese Rechnungsart ist nothwendig nicht nur, weil kaufmännisch dem Geschäftsfreunde auch für die verschiedensten, rechtlich nicht kohärirenden Geschäfte ein Hauptkonto geführt wird, sondern namentlich, weil meist — wie auch im vorliegenden Falle — bei längerer Verbindung die einzelnen Geschäfte nicht sogleich ausgeglichen, sondern à Conto-Zahlungen geleistet werden. In solchem Falle ermittelt sich das Guthaben des einen oder anderen Theils nicht durch eine besondere, dem eigentlichen Kontokorrentgeschäft angehörende Rechnungsmethode, sondern durch gewöhnliche Addition und Subtraktion. Freilich muß alsdann der Verkäufer, um die richtige Ausrechnung seines Guthabens darzuthun, einerseits die sämmtlichen Lieferungen, andererseits die sämmtlichen Zahlungen zusammenstellen. Aber selbstverständlich kann er auf die Bezahlungen einzelner Lieferungen verzichten, diese also fortlassen; denn dadurch wird das Resultat nur zu Gunsten des Gegners geändert. Ebenso kann er in Erwartung des Eingangs kreditirte, aber nicht eingegangene und deshalb später debitirte Zahlungsposten aus der definitiven Zusammenstellung eliminiren; denn dadurch wird das Resultat nicht berührt. Endlich kann er der Uebersichtlichkeit wegen die Gesammtrechnung in Abschnitte zerlegen, vorausgesetzt, daß alle diese Abschnitte vorgelegt werden, die Gesammtrechnung also durch sie hergestellt wird; denn der arithmetische Zusammenhang der letzteren wird dadurch so wenig beeinträchtigt, als ihre rechnungsmäßige Prüfung und die Vertheidigung des Gegners." (5. Septbr. 71.; C. I. 143; St. II. S. 153.)

75. Der kaufmännische Kontokorrent-Verkehr beruht auf der ausdrücklichen oder stillschweigenden Einigung der Kontrahenten, wonach eine Reihe

*) Im vorl. Fall hatte ein 5jähriger Geschäftsverkehr unter den Parteien darin bestanden, daß Klg., ein Rittergutsbesitzer, dem Bekl., einem Kaufmann, Ananas und Spiritus verkaufte und Bekl. darauf theils an Klg., theils auf dessen Anweisung an Dritte Zahlungen leistete.

von wechselseitigen Leistungen und Gegenleistungen nicht als ein Aggregat getrennter und selbstständig verfolgbarer Ansprüche und Gegenansprüche bestehen, sondern eine rechtlich untrennbare Verbindung von Rechnungsfaktoren für ein Gesammtergebniß dergestalt bilden soll, daß allein dies letztere, — der in periodischen Abschlüssen zu ermittelnde Saldo, — als die selbstständige Forderung des einen Theils resultirt. Wesentlich ist also dem Kontokorrentgeschäft, daß auf beiden Seiten Leistungen geschehen, welche — für sich selber genommen — zur Begründung von Gläubiger-Ansprüchen geeignet sind; unvereinbar ist mit seiner Natur, daß nur auf der einen Seite sich an sich selbstständige Forderungen summiren und die Leistungen der anderen Seite nur in deren successiven Tilgung bestehen. Denn im letzteren Falle bezwecken diese Leistungen gegen die Regel des Kontokorrentverkehrs gerade die Solution einzelner, nicht als Leistungen aus einem Vertragsverhältnisse kohärirender, sondern nur durch fortgeführte Rechnung äußerlich verbundener Posten — sei es nach besonders vereinbarter, sei es nach gesetzlich vorgeschriebener Tilgungsordnung. — (Vergl. über die Natur des Kontokorrentgeschäfts Creizenach in Goldschmidt's Zeitschr. VII. S. 88 – 129 und im Archiv für prakt. Rechtsw. IV. S. 31—75; — Motive des preuß. Entwurfs des H.-G.-B.'s S. 158 (ad Art. 374); Thöl, Handelsrecht, S. 557, 595; Voigtel in Busch's Archiv III. S. 203 222.; Striethorst, Archiv 60, S. 362; 62, S. 187; O. Hahn, Handelsrecht §. 214 (S. 396). Dergleichen Posten, welche nur äußerlich vermöge, der chronologisch im Debet und Kredit fortlaufenden Notirung dem Kontokorrentverkehr ähnlich sind, unterliegen daher nicht der dem letzteren eigenthümlichen, zunächst dem Bankgeschäft entnommenen Regel, daß weil das Geld in jedem Moment zu arbeiten hatte, jede Debet- und Kreditpost vom Augenblick ihres Entstehens Zinsen resp. bringe und gebe, ebensowenig konstituirt ihr periodischer Rechnungsabschluß den den eigentlichen Inhalt des Kontokorrent-Verkehrs bildenden Saldo, welcher als selbstständige Forderung nach Handelsgebrauch und Gesetz (Art. 291 H.-G.-B.) der Verzinsung unterliegt. Denn besteht die geschäftliche Verbindung nur in einer Reihe einzelner und selbstständiger Lieferungen des einen als Verkäufers an den anderen als Käufer, so richtet sich die Verpflichtung zur Verzinsung des allmälig und ratenweise eingehenden Kaufgeldes nach den allgemeinen gesetzlichen Regeln (Art. 288, 342 H.-G.-B.), nicht aber werden die einzelnen Kaufgelder-Rückstände dadurch, daß sie der Verkäufer von Zeit zu Zeit summirt, zu besonderen, abweichend von dem Inhalt der einzelnen Kaufabschlüsse verzinslichen Forderungen." (19. Septbr. 71; M. III. 31; C. I. 155.)

76. „Die Ordnung und Sicherheit des kaufmännischen Kontokorrents erfordert die Feststellung der Abschlüsse für bestimmte Rechnungsperioden, also die Feststellung der aus ihnen resultirenden Saldi. Deshalb ist es allgemein üblich, den Geschäftsfreunden Rechnungsauszug und Saldomeldung halbjährlich oder mindestens jährlich zur Anerkennung zu übersenden. In der Regel wird ausdrückliches Anerkenntniß ertheilt, namentlich dann, wenn es, wie im klägerischen Geschäft geschah, erbeten wird. Allein das verpflichtende Anerkenntniß kann auch stillschweigend geschehen. Dieser Satz hat nicht nur die Rechtsprechung für sich, sondern folgt aus der Natur der Sache. —

Das Bedürfniß einer festen Grundlage für die neue Rechnungsperiode gebietet die Zusendung des Abschlusses der alten und die Feststellung seines Resultats. Diese Zusendung also und noch mehr die ausdrücklich hinzugefügte Bitte um Vergleichung, Vermerkung oder Anerkennung des Abschlusses enthält also die Offerte, die neue Geschäftsperiode auf Grund des Abschlusses mit dessen Saldo als einer vereinbarten Forderung oder Schuld zu beginnen und letztere nach Maßgabe der Regeln des Kontokurrentverkehrs zu tilgen resp. zu verzinsen. Es steht bei dem Empfänger, diese Offerte abzulehnen, gegen den Saldo zu protestiren und den Abschluß zu moniren. Setzte er aber den Kontokurrentverkehr ohne Erwiderung oder Rüge fort, so muß angenommen werden, daß er mit dem Erbieten des Zusenders einverstanden sei. Art. 279. Dies Einverständniß nicht annehmen, hieße ihm zutrauen, daß er wider kaufmännische Uebung und Ordnung dem Zusender die Fortsetzung des Kontokurrents ohne feste Grundlagen oder doch ohne Kenntniß der Ausstellungen zumuthe. — Hieraus folgt, daß der Empfänger des Rechnungsabschlusses, welcher den alten Verkehr fortgesetzt hat, den letzten Saldo aber nicht anerkennen will, (abgesehen von dem Fall des Irrthums oder Betrugs) zu beweisen hat, daß der Abschluß von ihm monirt worden, in casu also der Fortsetzung des Kontokurrentsverkehrs die Kraft einer Anerkennung nicht innewohne." (14. März 71. M. II. 27; St. I. 59. C. I. 71.)

77. a. „Nach seinem Begriffe und Wesen setzt der Kontokorrentvertrag voraus, daß nach der Absicht der Kontrahenten — während der, durch die Rechnungsabschlüsse gebildeten Perioden die Leistung des einen Kontrahenten nicht zur Tilgung einer bestimmten einzelnen Zahlungsverpflichtung desselben dienen, eine Kompensation zwischen einzelnen Forderungen und Gegenforderungen nicht eintreten solle, sondern daß die Leistungen und Forderungen auf jeder Seite als ein Ganzes behandelt und die resultirenden Summen zur Ermittelung der Differenz verglichen werden sollen, welche letztere, als Saldo, entweder von dem Schuldner zu berichtigen oder in dessen Debet der neuen Rechnungsperiode als erster Schuldposten vorzutragen ist. Demgemäß gehen die einzelnen Rechnungsposten in den Abschlußsummen des Kredit und Debet und mit diesem in dem Saldo auf. Hieraus aber folgt, daß — sofern keine besonderen Abreden entgegen stehen — einzelne Forderungen, auf welche sich der Kontokorrentvertrag bezieht, nicht als selbstständige geltend gemacht werden können, gleichviel von welcher Art sie sind und auf welchem Rechtsgrunde sie beruhen. Gerade in dieser konsumirenden Kraft manifestirt sich die rechtliche Bedeutung des Kontokorrent-Verhältnisses, wie solches durch den Handelsgebrauch zur Entstehung und Ausbildung gebracht worden und in den Gesetzgebungen zur Anerkennung gelangt ist. Auch der Art. 291 des H.-G.-B.'s hat, wie sich aus seinem Inhalte von selbst ergiebt und durch seine Entstehungsgeschichte bestätigt wird, den vorgedachten Einfluß des Rechtsverhältnisses aus einem Kontokorrentvertrage auf die gegenseitigen Ansprüche der Kontrahenten zur Grundlage."

„Mit dieser Auffassung hat sich der Appellationsrichter in Widerspruch gesetzt;" — — es trifft ihn der Vorwurf der Nichtigkeitsbeschwerde, „die Natur und den wesentlichen Charakter des Kontokorrentvertrages verkannt und den Art. 291 H.-G.-B. so wie den Rechtsgrundsatz:

„„Während der Dauer eines Kontokorrentverhältnisses findet eine Ausklagung einzelner Kreditposten, selbst wenn sie aus Wechseln herrühren, im Laufe der Rechnungsperiode nicht statt.““

verletzt zu haben.“ — Es handelte sich im vorliegenden Fall um einen von der klägerischen Handlung dem Bekl. diskontirten Wechsel, der zurückgekommen war und wegen dessen nunmehr die Klägerin an den Bekl. Regreß nehmen wollte. Der aus dem obwaltenden Kontokorrentverhältnisse hergenommene Einwand des Bekl. ist auf Grund der obigen Deduction für begründet erachtet und auch als wechselrechtlich zulässig anerkannt worden. „Es war Sache der Klägerin, die zur Einlösung der Wechsel verwendeten Summen dem Bekl. in Ausgabe zu stellen, um so in dem Saldo des Rechnungsabschlusses die Erstattung zu erlangen.“

b. „Klägerin bestreitet zwar die Existenz eines Kontokorrentverhältnisses, für diese spricht aber der, in ihrer Appellations-Beantwortungsschrift enthaltene Auszug des ihre Geschäftsverbindung mit dem Verklagten, betreffenden Kontos. Denn Inhalts desselben hat sie dem Verklagten bezüglich für denselben Darlehen gegeben, Zahlungen geleistet, Rimessen übereignet und Wechsel eingelöst, von dem Verklagten Zahlungen in Baar und in Wechseln erhalten, über die Leistungen und Gegenleistungen laufende Rechnung geführt und Abschlüsse gemacht. Hiermit in Uebereinstimmung hat der Verklagte der Klägerin Hypothekenforderungen zum Gesammtbetrage von 70,000 Thlrn. mittelst Notariatsakts vom 11. Juli 1870 verpfändet und in dieser Beziehung nach Inhalt der betreffenden Urkunde erklärt: „Mit der Firma C. u. A. in B. stehe ich derart in Geschäftsverbindung, daß dieselbe mir theils baare Darlehen macht, theils meine Wechsel diskontirt. Zur Sicherheit der gedachten Firma wegen aller aus der vorgedachten Geschäftsverbindung ihr jetzt zustehenden und künftig zuständig werdenden Forderungen an mich verpfände ich derselben die nachstehenden ausstehenden Forderungen.““ Diese Erklärung ist von D. C., als Mitinhaber der klagenden Handlung, durch Entgegennahme der Hypothekeninstrumente über die verpfändeten Forderungen und durch den Antrag auf Ausfertigung des Akts für die klägerische Firma acceptirt worden. — Darnach sind die Requisite eines Kontokorrentverhältnisses in dem oben hervorgehobenen Sinne allerdings für vorliegend zu erachten, so daß es der Erhebung des vom Verkl. angetretenen Beweises nicht bedarf. — Aus jenem Kontoauszuge in Verbindung mit den bezüglichen eigenen Anführungen der Klägerin geht zugleich hervor, daß sich das Kontokorrentverhältniß auf die Klagewechsel mitbezogen.“ (21. März 71; M. II. 32; St. I. 66; C. I. 70.)

78. In einem anderen unter denselben Parteien schwebenden Prozesse hat das Ob.-H.-Ger. auf Grund des gleichen Sachverhaltes in Betreff der Wechsel den obigen Grundsatz wiederholt. „Klägerin hatte die Beträge der ihr vom Bekl. zur Diskontirung übergebenen Wechsel im Kredit zu buchen, die Wechsel im Falle deren Rücklaufs für den Bekl. einzulösen und denselben mit der Einlösungssumme zu belasten. Von ihrem Wechselregreßrecht durfte Klägerin dem Bekl. gegenüber keinen Gebrauch machen. — Wenn der Appellationsrichter — abweichend von seiner Rechtsansicht in jenem früheren Prozesse — in dem gegenwärtigen Rechtsstreite vermeint, es sei darauf, daß Bekl.

bei Anführung der, seitens der Klägerin gegen ihn übernommenen Verpflichtungen zugleich bemerkt hat, daß dieselbe „dagegen von ihm Deckung erhalten sollte," Gewicht zu legen, so könnte ihm hierin beizutreten sein, wenn das fragliche Deckungsversprechen als eine, speciell für die Diskontirung von Wechseln stipulirte, Gegenleistung — also dahin aufzufassen wäre, daß sich Verkl. durch das Versprechen verbindlich gemacht habe, der Klägerin vor dem Verfalle jedes einzelnen, ihr zur Diskontirung übergebenen und von ihr demzufolge diskontirten Wechsels eine, dem Betrage desselben entsprechende Deckung zu gewähren. Ein solches Zugeständniß hat aber der Verklagte keineswegs abgegeben. Seine obgedachte Bemerkung kann nur auf die in dem Satze, welchem sie beigefügt ist, aufgeführten Verpflichtungen der Klägerin in ihrer Gesammtheit bezogen werden. Dies ergiebt sich klar aus dem Wortlaute und Zusammenhange. Verkl. drückt sich nur ganz allgemein aus; er sagt nur, daß er, „dagegen", d. h. gegenüber den Leistungen der Klägerin, „Deckungen" versprochen habe.

Hiermit hat er sich nur einer solchen Deckungsverpflichtung unterworfen, welche regelmäßig bei Eingehung eines Kontokorrentverhältnisses ausbedungen und von dem Kreditnehmer eingegangen zu werden pflegt. Gerade die Stipulation solcher Verpflichtung trägt dazu bei, einem dauernden Kredit den Charakter eines Kontokorrentverhältnisses aufzuprägen. — Hiermit steht es im Einklange, daß die Parteien unterm 11. Juni 1870 eine Vereinbarung getroffen haben, wonach Verkl. 70,000 Thlr. in Hypothekenforderungen bei der Klägerin als Pfand und Kaution hinterlegt, derselben also für alle ihre Forderungen Deckung verschafft hat. Und überdies erscheint eine Auslegung, welche dem fraglichen Deckungsversprechen eine, die Klagewechsel aus dem angeblichen Kontokorrentverhältnisse der Parteien ausschließende Bedeutung vindiciren ließe, um so weniger berechtigt, als solche von der Klägerin selbst nicht in Anspruch genommen worden ist. — (25. April 71; M. II. 52; St. II. 29.)

79. „Mag ein Kontokorrentverhältniß durch ausdrückliche Vereinbarung oder stillschweigendes Einverständniß begründet worden sein, in jedem Falle ist seine Entstehung auf einen Vertrag zurückzuführen, dem die Absicht zum Grunde liegt, daß nur der Saldo der beiderseitigen (kompensablen) Leistungen darüber entscheiden soll, welchem von den Kontrahenten die Stellung des Gläubigers oder die des Schuldners zukomme. Von dem Kontokorrentverhältnisse werden daher diejenigen Rechtsgeschäfte nicht berührt, auf welche nach ihrer Natur oder den Abreden der Kontrahenten diese Absicht nicht bezogen werden kann. — Zu den Forderungen aus solchen Rechtsgeschäften sind, beim Mangel entgegenstehender Willensäußerungen, Wechselansprüche insofern zu rechnen, als es sich um die Erfüllung des von den, im Kontokorrentverhältnisse stehenden, Personen mit einander geschlossenen Wechselvertrages handelt. Nach Handelsgebrauch pflegt zwar der Wechselempfänger die Valuta dem Wechselgeber ohne Weiteres als Baarzahlung in das Kredit der laufenden Rechnung zu stellen, jedoch nur unter der Voraussetzung, daß die Wechselschuld getilgt werden, für ihn also eine Regreßverpflichtung, beziehlich Veranlassung zur Ausübung seines Wechselregreßrechts nicht entstehen werde. Ob er für den Fall, daß diese Voraussetzung nicht

zutreffen sollte, seine Rechte — wie das hier seitens der Kläger geschehen — sich ausdrücklich vorbehalten oder ob er keinen Vorbehalt gemacht hat, erscheint gleichgültig. Letzteren Falls muß, nach der allgemeinsten kaufmännischen Anschauung, der Vorbehalt subintelligirt werden. Dies verkennt auch der Appellationsrichter nicht. Es wird aber von ihm die Bedeutung des fraglichen Vorbehalts nicht gehörig gewürdigt und es ist seine Folgerung aus der klägerischen Gutschrift der Valuta des Klagewechsels nicht schlüssig. Eben deshalb, weil solche Gutschrift regelmäßig geschieht, kann aus ihr auf die Absicht: die eventuelle Wechselregreßforderung nicht als solche geltend zu machen, sondern die Gutschrift durch Debitirung des Betrages der Forderung zu beseitigen und hierdurch die Schuld auszugleichen, nicht geschlossen werden. Als den Gegenstand des in Rede stehenden Vorbehalts läßt sich — von Besonderheiten des Falles abgesehen — nur die Ausübung des Regreßrechts betrachten. Letzteres gehört zum Wesen der Wechselforderung. Ein Verzicht auf dasselbe ist nicht zu präsumiren. Vielmehr ist anzunehmen, daß in Rücksicht auf dies Recht die Forderung erworben worden. Ob etwa im konkreten Falle nach den Umständen oder Erklärungen beim Wechselerwerbe oder beim Eintritte in das Kontokorrentverhältniß eine andere Auffassung für berechtigt zu erachten? muß in Anwendung des Art. 278 des H.-G.-B.'s erwogen werden. Wo aber solche Erwägungen nicht indicirt oder nicht von Erfolg sind, der Vorbehalt also auf das Wechselregreßrecht bezogen werden muß, schließt er selbstredend die betreffende Wechselforderung von der obgedachten, dem Kontokorrentverhältnisse zum Grunde liegenden Absicht der Kontrahenten für den Fall des Eintritts der Bedingung seiner Geltendmachung aus." — Im vorl. Fall wurde auch das Vorhandensein eines Kontokorrentverhältnisses verneint. Die Geschäftsverbindung bestand darin, „daß die Kläger dem Bekl. während etwa $1^1/_2$ Jahren verschiedene Posten Wollenwaaren auf Kredit lieferten und daß die Bekl. auf das Kaufgeld den Zeiten und Beträgen nach unregelmäßige Zahlungen leisteten." (6. Septbr. 71; M. III. 30; C. I. 149.)

80. Der Appellationsrichter (Kammergericht zu Berlin) hatte ausgeführt, der vom Ob.-H.-Ger. angenommene Rechtsgrundsatz (Nr. 77)

> daß während der Dauer eines Kontokorrentverhältnisses eine Ausklagung einzelner Kreditposten, selbst wenn sie aus Wechseln herrühren, im Laufe der Rechnungsperiode nicht statthaft sei, wenn nicht besondere Abreden entgegenstehen,

könne, soweit er sich auf Wechsel beziehe, die im Kontokorrentverkehr gegeben worden, in seiner Allgemeinheit nicht für richtig erachtet werden. Die hiergegen eingelegte Nichtigkeitsbeschwerde wurde zwar vom Ob.-H.-Ger. verworfen, — indeß ohne daß dabei eine Prüfung der Rechtsfrage stattfand. „Eines Eingehens auf den Angriff, welchen Implorant gegen den Ausspruch der Vorinstanz, daß Wechselforderungen von der in Rede stehenden Wirkung eines Kontokorrentverhältnisses rechtsgrundsätzlich ausgeschlossen seien, gerichtet hat, bedarf es nicht, da sich die Vorentscheidung noch auf einen zweiten, die konkrete Sachlage betreffenden Entscheidungsgrund stützte und die Hinfälligkeit des gegen letzteren unternommenen Angriffs zweifellos erscheint". (Die konkreten Entscheidungsgründe interessiren nicht.) 25. Sept. 71. C. I. 153.

Art. 294.

Anerkennung einer Rechnung.

81. Der vom Bekl. an die Klägerin gerichtete Brief vom 21. Januar 1868 „beginnt mit dem Satze: „„das mir übersendete Kontokorrent habe ich durchgegangen und richtig befunden, außer u. s. w.““ — Nun folgen drei Berichtigungen zu Gunsten des Bekl. und eine zu Gunsten der Klägerin. In diesem Theile des Briefes hat sonach der Bekl. erklärt, daß zwar das ihm übersandte Kontokorrent von 1867 — womit unstreitig die Abschrift seines Konto gemeint ist — in den bezeichneten Punkten der Berichtigung bedürfe, im Uebrigen aber von ihm als richtig anerkannt werde. Nach dem allgemeinsten Sprachgebrauch im kaufmännischen Verkehr enthält die Erklärung des Empfängers einer Rechnung oder Waarensendung, daß er diese geprüft und richtig befunden habe, ein ebenso bestimmtes und verbindliches Anerkenntniß, als wenn die Ausdrucksweise, daß die Richtigkeit anerkannt werde, gebraucht ist. Dieselbe Bedeutung hier jener brieflichen Erklärung des Bekl. beizulegen, erscheint um so weniger bedenklich, als Bekl. zusätzlich den Betrag angegeben hat, auf welchen der Saldo nach erfolgter Berichtigung der Rechnung zu stehen komme. Wenn er den betreffenden Satz dahin gefaßt hat: „„Es würde also ein Saldovertrag verbleiben von 979 Fl. 24 Kr.““, so kann, wenn hierin überhaupt die Aufstellung einer Bedingung (nicht blos eine — nicht ungewöhnliche — Redeform, welche zwar als eine hypothetische sich äußerlich vorstellt, keineswegs aber den in sie gekleideten Satz, dem Sinne nach, zu einem bedingten machen soll) erblickt werden dürfte, die Bedingung doch nur auf die Monita, nicht auf den als richtig anerkannten Theil der Rechnung bezogen, der Satz also nur dahin verstanden werden, daß sich der Saldo auf den Betrag von 979 Fl. 24 Kr. unter der Bedingung beschränke, daß die Ausstellungen gegen die Rechnung begründet seien. Mit dem Schlußsatze des Briefes steht der vorgedachte Satz in keinerlei Verbindung. — Dieser Schlußsatz — auf welchen die Vorderrichter bei ihrer Interpretation des fraglichen Briefes das Hauptgewicht legten — lautet: „„Ich werde nun vorjähriges Kontokurrent nochmals nach Anleitung Ihrer Briefe prüfen und die noch abgehenden Posten Ihnen mittheilen, die Sie mir nach gegenseitiger Verständigung dann gutbringen wollen““ — Allerdings hat Bekl. durch diese Erklärung sich vorbehalten, noch in Bezug auf andere, als die in dem Briefe bezeichneten Posten gegen die Rechnung Ausstellungen zu machen. Dieser Vorbehalt hob aber nicht die ihm vorausgeschickte Anerkennung der Richtigkeit der Rechnung auf, beschränkte auch die Wirkung dieser Anerkennung an sich nicht, sondern erweiterte nur das gesetzliche Anfechtungsrecht (Art. 294 des H.-G.-B.'s) in der Art, daß Bekl. trotz seiner Anerkennung berechtigt blieb, noch einzelne, von ihm bestimmt zu bezeichnende Rechnungsposten so anzufechten, als wenn er dieselben von vorn herein von der Anerkennung ausgeschlossen hätte. Die Bedeutung des Vorbehalts war hiernach davon abhängig, daß Bekl. noch nachträglich Monita zog. Von dieser Befugniß hat er aber weder vor, noch in dem gegenwärtigen Prozesse Gebrauch gemacht.“ (27. Juni 71; C. I. 75; St. I. S. 341.)

Art. 300.

Anweisung.

82. Die Kläger, eine Firma in Manchester, sind von den Bekl. (einer Chemnitzer Handlung) angewiesen worden, Tratten, welche Kn. u. Co. in Bombay sechs Monat nach Sicht auf die Kläger ziehen würden, zu acceptiren. Diese Anweisung ist später widerrufen worden. Es handelt sich darum, ob der Widerruf den Klägern gegenüber wirksam ist. Die Kläger verneinen dies, weil sie in Folge der ihnen ertheilten Anweisung bereits eine eigene durch einseitigen Widerruf der Assignanten nicht lösbare Verpflichtung gegenüber dem Assignatar übernommen hätten. Mit Unrecht. „An sich liegt in dem Begriff der Anweisung außer dem Auftrag, dem Anweisungsempfänger Geld oder andere Sachen zu leisten, nicht auch der weitere Auftrag dem gedachten Empfänger gegenüber eine besondere Verpflichtung zu dieser Leistung einzugehen. Dies kann nur aus ganz besonderen Gründen angenomm enwerden." Im vorl. Fall war nun allerdings die Klägerin beauftragt, die Tratten des Assignatars zu acceptiren und dadurch sich diesem unwiderruflich zu verpflichten. „Es kann auch unter den besonderen Umständen des hier in Rede stehenden überseeischen Verkehrs dem Interesse der anweisenden Handlung entsprechend gewesen sein, wenn Klägerin, wie sie behauptet, dem Anweisungsempfänger gegenüber ohne alle Veranlassung Seitens desselben anerkannt hat, daß dieser für die von den Beklagten erhaltene Einkaufsordre*) auf sie, die Klägerin sich zu rembourfiren habe. Allein immerhin ward Klägerin durch eine in dieser Maße eingegangene eigene Verpflichtung — der Verbindlichkeit nicht enthoben, das Interesse ihrer Auftraggeber zu wahren, wenn und so weit es mit dieser Verpflichtung vereinbar war. — Die Anweisung ist, wie Klägerin selbst geltend macht, eine Unterart des Mandatsvertrags, bei welchem die getreue Wahrung des durch die Instruktion ausgesprochenen oder sonst aus der Natur des Geschäfts erkennbaren Interesse des Mandanten der leitende Gesichtspunkt für das Verhalten des Mandatars bleibt. Klg. war nun aber — gar wohl im Stande, im unzweideutig ausgesprochenen Interesse von Sch. und Co. den von diesen ausgegangenen, mittelst Briefs vom 10. Februar 1867 ihr bekannt gemachten Widerruf der Anweisung beachten zu können. Denn Kn. u. Co. hatten auf sie überhaupt nicht trassirt, sondern einfach Gutschrift des Einkaufskommissionsbetrags in laufender Rechnung verlangt. Klägr. war daher ebenso verpflichtet, als thatsächlich in der Lage, bevor sie diese Gutschrift bewirkte, durch Vernehmung mit Sch. u. Co. sich sowohl über den wahren Sachverhalt zu unterrichten, als der Vertretung und Schadloshaltung für den Fall zu versichern, daß sie in Folge ihrer Weigerung etwaigen Ansprüchen von Kn. u. Co. ausgesetzt würde." (22. Okt. 70; M. I. 19; St. II. S. 385; C. I. 22.)

83. Kaufmann W. ersuchte den Klg. brieflich, 3500 Thlr zur Disposition des Bekl. zu halten und ihn, den W. dafür zu belasten. Der Brief

---

*) Dieses war das Valutaverhältniß, auf Grund dessen Kn. u. Co. ziehen sollten. Der Widerruf erfolgte, weil Kn. u. Co. die Ordre nicht ganz so, wie sie ertheilt war, acceptirt hatten.

wurde dem Kläger vom Beklagten überreicht. Kläger belastete hierauf auch den W. in Höhe von 3500 Thlrn. und kreditirte den Beklagten in gleicher Höhe. Er löste demnächst für Rechnung des Beklagten Werthpapiere im Betrage von ca. 480 Thlr. ein und verlangt Erstattung derselben, wogegen Bekl. den Betrag der kreditirten Post (3500 Thlr.) in Aufrechnung brachte. Die Instanzrichter erklärten dies für zulässig, dafern vom Beklagten der Beweis erbracht werde, daß Kläger ihm gegenüber den Auftrag des W. acceptirt habe. Diese Entscheidung wurde vom Ob.-H.-Ger. bestätigt, unter Verwerfung der von beiden Theilen eingelegten Rechtsmittel.

Gegen die Appellation des Klägers wurde bemerkt: Der Brief des W. enthält eine Anweisung im Sinne von Art. 300 Handelsgesetzbuchs (§. 1328 sächs. bürgerl. Gesetzbuch), nicht etwa einen bloßen Kreditantrag (mandatum qualificatum). Denn der von W. dem Kläger ertheilte Auftrag ging nicht dahin, „in eigenem Namen und auf eigene Rechnung, jedoch auf Gefahr, d. i. unter eventueller Haftung des Auftraggebers mit dem Bekl. einen Vertrag zu schließen oder demselben eine Forderung zu kreditiren, sondern der Auftrag ging auf Zahlung und zwar zu Lasten des Auftraggebers, d. i. unter dessen principaler und alleiniger Verhaftung." Der rechtliche Charakter des Geschäfts konnte durch spätere Dispositionen des Beklagten als Assignatars, welche die Durchführung der Assignation, also deren Honorirung nothwendig voraussetzten, nicht verändert werden. Lediglich eine derartige Disposition wäre es aber, wenn Beklagter, wie er behauptet, den Assignaten bei Ueberreichung des Kreditbriefes ersucht hätte, ihn auf Grund dessen mit der angewiesenen Summe zu kreditiren. Der Beklagte war ohne Zweifel befugt, den Betrag, zu dessen sofortiger Empfangnahme er berechtigt war, bis auf Weiteres in den Händen des Klägers zu belassen. „In Wahrheit gab dadurch nicht Kläger dem Beklagten, sondern Beklagter dem Kläger Kredit. Eine Verpflichtung Klägers zur Zahlung der angewiesenen Summe erwuchs freilich dem Beklagten gegenüber nur dadurch, daß Kläger gegen den Beklagten zu dieser Zahlung sich bereit erklärte, mithin zu dessen Gunsten die Anweisung annahm."

Gegen die Appellation des Beklagten. Beklagter ist des Beweises der Annahme nicht überhoben. Die Thatsache, daß Klg. auf Grund des Accreditivs in seinen Geschäftsbüchern den Anweisenden debitirt, den Beklagten kreditirt habe, steht zwar fest. Stände ferner fest, daß dieser Vermerk, wie Beklagter behauptet, auf Grund einer Beredung unter den Parteien erfolgt sei, so würde damit auch die Annahme der Anweisung durch den Kläger erwiesen sein. Allein dieser letzteren Behauptung fehlt es bisher an jeder Begründung; insbesondere wird dieselbe durch die bloße Thatsache des Empfanges der Anweisung seitens des Klägers nicht erwiesen. Es fehlt also „an der Liquidstellung solcher Thatsachen, welche geeignet sind, dem fraglichen Bucheintrag die Bedeutung eines den Beklagten berührenden Vertragsaktes zu geben. Ohne dieses Vertragsmoment blieb der Eintrag eine bloße Notiz, ein rein geschäftliches Internum, das für sich allein und losgelöst von dem Bestande eines zwischen den Parteien bestehenden Rechtsgeschäfts obligatorische Wirkungen dem Bekl. gegenüber nicht zu äußern vermochte." — (28. Juni 71; M. III. 4; St. II. 69; C. I. 137.)

Art. 301.

Zahlungsversprechen.

84. „„Mit Gegenwärtigem erkenne ich an, daß Sie mir für zu lieferndes Getreide circa 5000 Mark Banko gegeben haben, die ich mich verpflichte, in nächster Zeit durch Einsendungen zu decken.““ — — „Würde nun auch der Zusatz circa an und für sich nicht nothwendig die Bestimmtheit aufheben, welche zur Begründung der Klage auf ein Zahlungsversprechen erforderlich ist, und würde eine solche Klage für statthaft erachtet werden müssen, wenn sich mit der Anerkennung einer Schuld von circa 5000 Mark Banko ein auf Zahlung der bestimmten Summe von 5000 Mark Banko gerichtetes Zahlungsversprechen verbunden hätte, so kommt doch in concreto in Betracht, daß mit jener Anerkennung das Versprechen von Getreidesendungen verbunden ist. Darnach haben denn beide Theile lediglich zu dem Zwecke, um ungefähr die Quantität des vom Beklagten zu liefernden Getreides zu bestimmen, den Stand ihrer Angelegenheiten „„überschlagen,““ wie Kläger — — selbst erklärt, und eben damit ist die Annahme, daß der Beklagte beabsichtigt habe, für den Kläger einen neuen Obligationsgrund zu schaffen, gänzlich ausgeschlossen.“ (9. Dezbr 70. M. I. 40.)

Art. 309 (317).

Förmlichkeiten bei Bestellung eines Faustpfandes.

85. a. Art. 309, nach welchem die Gültigkeit des kaufmännischen Faustpfandes nicht an eine bestimmte Form gebunden ist, hat doch in Ansehung der Besitzübertragung an den Landesgesetzen nichts geändert (Laband in Goldschmidt's Zeitschr. Bd. 9, S. 236, 240, 243, 244; Goldschmidt Handb. I. S. 893, 894, Note 44 preuß. Einf.-Ges. Art. 27; Makower Komm. 4 Aufl. Note 43 b. zu Art. 309). „Wo also das Landesgesetz für die Besitzübertragung einzelner Arten von Pfandobjekten besondere Förmlichkeiten vorschreibt, müssen diese auch dann erfüllt werden, wenn es sich um eine handelsgeschäftliche Verpfändung handelt.“ Hiervon ist auf die Verpfändung verbriefter Forderungen, insbesondere von Hypothekenforderungen im Gebiete des preuß. A. L.-R. Anwendung gemacht. Nach demselben gehört in diesem Falle ein schriftlicher Akt des Verpfänders zur symbolischen Uebertragung des Pfandbesitzes. Die bloße Uebergabe der Schuldurkunde ist nicht genügend. (§. 1 V. v. 9. Decbr. 1809; Allg. L.-R. I. Tit. 11 §. 394; Tit. 20 §. 512, 515, 516.) Dabei ist es auch nach Einführung des H.-G.-B.'s verblieben, da die schriftliche Erklärung einen Theil des Traditionsaktes bildet, gleich dem schriftlichen Indossament bei der Verpfändung von Ordrepapieren (Art. 309 Al. 2 Nr. 2). Der Appellationsrichter hat mit Unrecht aus Art. 317 das Gegentheil gefolgert. Darin liegt eine unstatthafte Erweiterung des Art. 317, beruhend auf einer Nichtbeachtung der verschiedenen zum Zustandekommen eines vertragsmäßigen Pfandrechts gehörigen Erfordernisse, nämlich der Vereinbarung über die Verpfändung (Pfandvertrag) und der Uebertragung des Besitzes am Pfandobjekt auf den Gläubiger (Laband a. a. O. S. 232, 236, 245).

b. Wenn aber auch im vorl. Falle keine gültige Verpfändung der Hypothekenforderung stattgefunden hat, so ist doch die Verpfändung des Hypothekendokuments nicht bedeutungslos. Unbegründet ist die Behauptung, daß eine Hypothekenurkunde für sich und als körperliche Sache betrachtet, nicht Gegenstand eines Faustpfandes sein könne, weil sie als bloße Legitimations- und Beweisurkunde keinen Verkaufswerth und überhaupt keinen selbstständigen ökonomischen Werth habe. Denn hieraus folgt nur, daß „der wichtigste Theil der aus dem Faustpfandrechte sich begriffsmäßig ergebenden Rechte sich als gegenstandslos erweist und dem Pfandgläubiger nicht zufällt. Das aus dem Faustpfandrechte außerdem entspringende Besitz- und Retentionsrecht wird dagegen durch den gedachten Werthmangel in keiner Weise berührt, weshalb es dem durch den Verpfändungsakt in den Besitz gesetzten Gläubiger bis zu seiner Befriedigung unmöglich versagt werden kann." (26. Septbr. 71. M. III. 33.)

86. „Ob aus dem Art. 309 zu folgern, daß Pfandverträge von der Art der streitigen auch bei Handelsgeschäften den landesgesetzlichen Förmlichkeiten unterliegen, (vergl. Goldschmidt, Zeitschr. IX., S. 21 und 233; des. Handb. I., S. 878, 892 Note 31, 894 Note 43;) kann hier unentschieden bleiben. Denn selbst bei der Bejahung der letzteren Alternative wäre im vorliegenden Falle diesen Förmlichkeiten genügt. — Das preußische Landesrecht erfordert für die Verpfändung einer auf den Namen lautenden Forderung Schriftlichkeit. (Verordnung vom 9. Decbr. 1809, §. 1; Allg. L.-R. Th. I., Tit. 20, §. 515; Tit. 11, §. 394.) — Anstatt einer Verpfändungserklärung haben die Kontrahenten am 1. Oktober 1869 die Cessionsform gewählt. Aber obwohl es sich damals nur um die Deckung eines Accepts von 2300 Thalern handelte, so wurde doch die ganze Hypothek der 5000 Thlr. cedirt. Nur wurde der Cessionsform gegenüber der Pfandcharakter insofern gewahrt, als sich der Bekl. M. in dem Reverse von demselben Tage verpflichtete, die Hypothek nach Einlösung des Accepts der 2300 Thlr. zurückzugeben, das heißt der als Cessionar erscheinende Pfandgläubiger gelobte Herausgabe des Pfandes im Falle seiner Befriedigung. Durch diesen Revers wurde also nicht ein Theil der Hypothek pfandfrei, sondern sie haftete pfandweise in ihrem ganzen Bestande; und wenn schon der Revers den Schuldbetrag bestimmte, also virtuell den Umfang der Pfandhaftung begrenzte, so war sie doch formell auf's Ganze unbedingt dem Beklagten übertragen. — Diese Form deckte also auch die Haftung für eine spätere Erweiterung des Schuldbetrages. Kamen die Kontrahenten Mitte Oktober überein, daß die Hypothek nicht blos für 2300 Thlr., sondern auch noch für 1500 Thlr. haften solle, so bedurfte es keiner formellen Verpfändung der Hypothek für den neuen Betrag. Denn diese formale Pfandbestellung wäre unmöglich gewesen, weil die Hypothek bereits dem Pfandgläubiger eigenthümlich abgetreten war. Es kam nur darauf an, das Reversversprechen des M. M. zur Rückgabe der Hypothek nach erfolgter Einlösung von 2300 Thlrn. dahin zu ändern, daß die Rückgabe erst nach erfolgter Einlösung von 3800 Thlrn. erfolgen solle. Und für diese Modifikation der ursprünglichen Verpflichtung genügte mündliche Uebereinkunft." (24. Oktbr. 71. C. I. 175.)

Art. 313—316.

Kaufmännisches Retentionsrecht.

87. „Zu den dem Handelsverkehr nothwendigen Deckungen gehört das Pfandrecht und das Retentionsrecht. In Ansehung des Pfandrechtes sind die territorialen Verschiedenheiten durch das H.-G.-B. nur wenig berührt" — Anders hinsichtlich des Retentionsrechts. Hier ist durch das Handelsgesetzbuch ein eigenthümliches Rechtsinstitut geschaffen, welches, obwohl im Gesetz als Zurückbehaltungsrecht bezeichnet (in dem Protokoll wird dasselbe öfters gesetzliches Pfandrecht genannt), doch im wesentlichen ein gesetzliches Pfandrecht gewährt, nur in einzelnen Wirkungen abgeschwächt nach Art eines gemeinen Retentionsrechtes, in anderen ähnlich einem Kompensationsrecht.

„Soweit dem kaufmännischen Retentionsrecht der Charakter eines eigenthümlichen Pfandrechts zukommt, derogirt es als neue handelsrechtliche Schöpfung dem abweichenden territorialen Pfandrecht. (Goldschmidt, Handb. S. 874, 876.) Gewährt das letztere dem Retentions- oder Pfandgläubiger minderen Schutz, so erweist sich das Retentionsrecht des Handelsgesetzbuchs als das stärkere Handelspfand." Wenn also nach sächsischem Konkursrecht der Pfandinhaber sein Pfand zur Konkursmasse abliefern muß, während bekanntlich nach Handelsgesetzbuch Art. 314, 315 das kaufmännische Retentionsrecht und die Verkaufsbefugniß des Retentionsberechtigten auch beim Konkurse des Retentionsschuldners fortbesteht, so müssen, sofern bei einem unter der Herrschaft des sächsischen Rechtes bestellten Faustpfande zugleich die Voraussetzungen des kaufmännischen Retentionsrechtes zutreffen, auch die stärkeren Wirkungen dieses letzteren eintreten. —

„Es ist behauptet worden: die Bestellung eines Faustpfandes verleihe an dem Pfande nicht zugleich kaufmännisches Retentionsrecht; werde der Gläubiger durch konventionelles Pfand gesichert, so könne er damit nicht zugleich die Sicherung durch besonderes gesetzliches Pfand. d. h. Retentionsrecht erwerben; die gesetzliche Sicherung trete nur ein, wo die vertragsmäßige fehle; gewährten zwar Pfand- wie Rententionsrecht Zurückbehaltung, so seien beide doch verschieden, mithin nicht gegen den vertragsmäßigen Willen zu identificiren."*)

„Indeß in Ermangelung einer anderweiten klaren und ausdrücklichen Vereinbarung (Art. 316) ist nicht anzunehmen, daß ein Kaufmann, der einem anderen Kaufmann wegen einer Handelsschuld Deckung in Waaren giebt, diesem geringere Sicherheit habe gewähren wollen, als auch ohne ausdrückliche Einräumung das eigenthümlich kaufmännische gesetzliche, Retentionsrecht genannte, Pfandrecht verleihen würde. Die gesetzlichen Retentionsbefugnisse müssen vielmehr bei derartiger Bestellung eines Faustpfandes als das Mindeste vorausgesetzt werden, was nach dem Willen der Kontrahenten hat gewährt werden sollen." (2. März 71; M. II. 15; St. II. 16; C. I. 82.)

---

*) Ober-Appellations-Gericht Dresden: 24. Juni 1869 in der Zeitschrift für Rechtspflege u. Verwaltung im Königreich Sachsen Bd. 33 S. 413.

Art. 313—316.

Retentionsrecht.

88. „Wenn,*) wie im vorliegenden Fall anzunehmen ist, die Faustpfandbestellung durch ein Handelsgeschäft für eine Forderung aus beiderseitigem Handelsgeschäft erfolgt ist, so paßt auf das aus der Pfandbestellung folgende Besitz- und Zurückbehaltungsrecht in vollem Maße auch der Art. 313 des Handelsgesetzbuchs. Durch dessen Anwendung hat mithin der Appellationsrichter nicht fehl gegriffen. Die Anwendbarkeit des Art. 313 zieht aber mit Nothwendigkeit die der Art. 314 und 315 nach sich, welche letzteren dem Retentionsrechte seine Fortdauer auch für den Fall des Konkurses des Schuldners und gegenüber der Konkursmasse sichern. — Die etwa abweichenden Bestimmungen des preuß. Konkursrechts sind hiernach und weil ihnen die Vorschriften des Handelsgesetzbuchs derogiren, unerheblich." (26. Sept. 71. M. III. 33.)

89. a. Das kaufmännische Retentionsrecht darf bei theilbaren Sachen nur auf einen der Höhe der Gegenforderung entsprechenden Theil ausgeübt werden. „Denn wie man auch über das Retentionsrecht des gemeinen Rechts denken mag: jedenfalls erscheint das kaufmännische Retentionsrecht ausschließlich als ein Sicherungsmittel, — und nach Art. 315 des Handelsgesetzbuchs als ein eventuelles Deckungsmittel, — aber nicht als ein Mittel, den Gegner zu einer Leistung zu nöthigen. Es ergiebt sich dieses daraus, daß das kaufmännische Retentionsrecht nach Art. 315 durch eine anderweitige Sicherung ausgeschlossen wird. „Demnach fordert die bona fides, daß das kaufmännische Retentionsrecht nur soweit ausgeübt werde, als zur Sicherung erforderlich ist (v. Hahn, Komm. Bd. II. S. 132). Zu demselben Ergebniß führt der in den Protokollen Th. II., S. 467 flg., Th. III., S. 1351 flg. hervorgehobene Gesichtspunkt, wonach das kaufmännische Retentionsrecht sich als eine Ausdehnung der Kompensationsbefugniß von Geld und Sachen darstellt. (v. Hahn a. a. O. S. 123.)

b. „Implorant meint, im vorliegenden Fall hätte nicht Art. 313 H.-G.-B. sondern die Grundsätze des gemeinen Rechts über die Retentionsbefugniß zur Anwendung gebracht werden müssen, da die Bestimmungen des Handelsgesetzbuchs über das Retentionsrecht doch nicht in denjenigen Fällen, wo es sich, wie in concreto, um connexe Gegenforderungen handelt, die gemeinrechtlichen Wirkungen des Retentionsrechts haben vermindern wollen. — Bekanntlich ist es eine Streitfrage, ob das Retentionsrecht des gemeinen Rechts ein bloßes Sicherungsmittel oder zugleich und vor Allem ein Mittel ist, den Gegner zu einer Leistung zu nöthigen, wobei denn freilich von selbst klar ist, daß die Anregung zur Erfüllung um so kräftiger sein wird, je mehr Sachen vom Gläubiger retinirt werden. Gesetzt aber, dem Imploranten der sich auf den Standpunkt der zweiten Ansicht stellt, sei hier in seiner Auffassung beizutreten, obschon dieses mehr als bedenklich erscheint, wie denn auch in einer Reihe praktischer Entscheidungen (vgl. Seuffert, Arch. Bd. XVI., S. 163, Bd. XVII., S. 2 flg.) die erstere Annahme zur

*) Diese Erwägungen schließen sich direct an die unter Nr. 85 mitgetheilten an.

Geltung gekommen ist, — und gesetzt weiter, daß in solchen Fällen, wo das Retentionsrecht des gemeinen Rechts dem Betreffenden eine weitergehende Befugniß giebt, als das kaufmännische Retentionsrecht, das erstere zur Anwendung kommen muß, was hier dahin gestellt bleiben kann, — so ist doch in jedem Falle entscheidend, daß der Beklagte sich, abgesehen von der jetzt erhobenen Richtigkeitsbeschwerde, nur auf das Retentionsrecht der Art. 313 flg. des Handelsgesetzbuchs, nicht auf das Retentionsrecht des gemeinen Rechts berufen und mehrfach in bestimmter Weise erklärt hat, er gründe sein Recht auf die Art. 313 und 315 des Handelsgesetzbuchs. Und wenn man vielleicht annehmen wollte, daß der Richter von diesen Erklärungen zu abstrahiren und nur zu prüfen habe, ob aus den angeführten Thatsachen das geltend gemachte Recht resultire und es weder auf den Namen der Klage, noch — was hier zur Frage steht — der Einrede ankomme, so kann doch dieser Satz jedenfalls da nicht zur Anwendung kommen, wo eine Einrede zur Frage steht, die einen besondern thatsächlichen Hintergrund zur Voraussetzung hat, wie es bei dem Retentionsrecht des gemeinen Rechts der Fall ist, welches andere thatsächliche Voraussetzungen hat, als das Recht des Kaufmanns aus Art. 313 des Handelsgesetzbuchs und wo mithin die Möglichkeit gegeben ist, daß dem Gegner besondere Einwendungen zu Gebote stehen, die ihm bei Befolgung jenes Satzes entzogen sein würden." (17. Juni 71; M. II. 86; St. II. 58; C. I. 115.)

Art. 317 (277).

Form der Verträge.

90. Unbegründet ist die Ansicht des Appellationsrichters „daß in der Ausstellung und Hingabe der Wechsel seitens des Schuldners und in der Annahme jener Wechsel seitens des Gläubigers eine Tilgung der ursprünglichen Darlehnsschuld durch Umschaffung (Novation) deshalb nicht zu finden sei, weil es zur Gültigkeit einer solchen Verabredung nach Allg. L.-R. Th. I. Tit. 5 §. 131, 134 der schriftlichen Form bedurft habe."

Jenes Darlehnsgeschäft war unzweifelhaft auf Seiten des Schuldners ein Handelsgeschäft, daher kommt hier mit Rücksicht auf die Bestimmung des Art. 277 der Art. 317 für beide Kontrahenten zur Anwendung. (24. Jan. 71; St. I. 38.)

91. Die von der Mitklägerin Gräfin von L. mit dem inzwischen verstorbenen Banquier G. E. abgeschlossenen Depotgeschäfte sind nach Art. 272. 3, 273 Handelsgeschäfte. Der zur Gültigkeit dieser Geschäfte erforderliche matritalische Konsens bedurfte deshalb nach Art. 317 weder der schriftlichen noch anderer Förmlichkeiten. „Nach seiner Fassung ist Art. 317 auf diejenigen Willenserklärungen, aus denen unmittelbar ein Vertrag hervorgegangen, nicht zu beschränken, sondern er erstreckt sich auf Willensakte, die eine nothwendige Voraussetzung für die Rechtsverbindlichkeit des Vertrages, als eines Handelsgeschäfts, bilden. Es umfaßt sonach der Art. 317 die handelsgeschäftliche Rechtssphäre des Vertrages, d. h. diejenigen Akte, welche die Entstehung und Wirkung desselben, als Handelsgeschäft, bedingen. Mit

einer anderen Auslegung läßt sich die Ausdrucksweise „„bei Handelsgeschäften““ und die Beziehung, in welcher hierzu das Wort „„Verträge““ steht, nicht vereinbaren. Daß aber mit dieser Fassung des Gesetzes wirklich beabsichtigt worden ist, dem Gesetze den angegebenen Sinn zu verleihen, geht aus den Materialien klar hervor.“ Man wollte, wie aus den Protokollen ersichtlich ist, der Bestimmung des Art. auch auf die mit einem Handelsgeschäft im Zusammenhang stehenden präparatorischen oder nachfolgenden Rechtsgeschäfte, z. B. Vollmachten zum Abschluß von Rechtsgeschäften, Anwendung geben und hat gerade deswegen die gegenwärtige Fassung gewählt.

Im vorliegenden Fall entnahm das Oberhandelsgericht ein unterstützendes Argument für seine Entscheidung aus Art. 7, da hiernach sogar zum gewerbmäßigen Betrieb von Handelsgeschäften seitens einer Ehefrau der stillschweigende Konsens des Ehemannes genüge. (7. März 71; M. II. 23; St. I. 54; C. 1. 51.)

92. Beklagter hat den Inspektor F. mündlich beauftragt, die zum Zurichten des in Ragnit gelagerten Holzes erforderlichen Arbeiten zu leiten und die Verpflegungszulagen für die Arbeiter zu beschaffen. Da Beklagter Kaufmann ist und das Geschäft, vermöge dessen seine Hölzer aus Rußland beschafft waren, um in Preußen weiter verkauft zu werden, unzweifelhaft zu den Handelsgeschäften gehört, so kommt auch gemäß Art. 279, in Bezug auf die Form der hier in Rede bestehenden Vollmacht, Art. 317 zur Anwendung, d. h. es genügt die mündliche Ertheilung. Der Umstand, daß Beklagter nur stiller Gesellschafter jenes Handelsgeschäfts gewesen sein will, erscheint gleichgültig, weil der, „Beklagte, selber ein Kaufmann, durch eigene Thätigkeit, nämlich durch Ertheilung der Vollmacht in das Geschäft zur Förderung desselben eingegriffen hat.“ (19. Sept. 71; C. I. 352)

93. Kläger hat dem Beklagten durch schriftlichen Vertrag die Lieferung von 14000 Visiren übertragen. Gegen die auf Grund dieses Vertrages angestrengte Klage excipirte Bekl. u. A., daß Kläger sich durch mündliche Abrede verpflichtet habe, ihm die Schieber und Federn zu 3000 Visiren zu liefern. Die Einrede wurde verworfen, „da daraus, daß die bezügliche, nach der eigenen Behauptung des Beklagten zwei Tage vor dem 17. Febr. getroffene mündliche Abrede in dem am 17/23. Febr. schriftlich abgeschlossenen Vertrag, welcher, wie die Art und Form der Abfassung zweifellos ergiebt, die Abreden der Parteien erschöpfend und vollständig fixiren sollte, nicht aufgenommen worden ist, — geschlossen werden muß, daß dieselbe nach der schließlichen Einigung der Parteien eine Vertrags-Stipulation nicht hat werden sollen.“ — Aus andern faktischen Gründen ist dieses Argument im vorliegenden Fall noch in höherem Grade zutreffend. (16. Oktbr. 71; M. III. 45.)

94. Mündlich war verabredet, daß die Lieferung der Waaren bis Anfang April 1869 erfolgen solle. „Hat die Beklagte die hinterher ausgestellte schriftliche Vertragsurkunde, welche über die fragliche Abrede schwieg, obschon es sichtbar ihr Zweck war, die Bedingungen des Geschäfts schriftlich zu fixiren, ohne Widerspruch angenommen, so hat sie sich stillschwei-

gend damit einverstanden erklärt, daß die streitige Bedingung auf sich beruhen sollte und daß in dieser Beziehung der mündlich vereinbarte Vertrag eine Aenderung zu erleiden habe." (3. Okt. 71. C. II. S. 24.)

Art 316 (317, 297).

Offerte.

95. Die Bestimmung des Art. 318, nach welcher beim Schweigen auf eine inter praesentes gemachte Offerte der Antragende nicht länger gebunden ist, drückt unzweifelhaft aus: der Antrag ist erloschen, das Geschäft also nicht zu Stande gekommen. Indeß diese Bestimmung ist keine gesetzliche Fiction. „Sie schließt nicht die Auslegung aus, daß der Antragende trotz der Nichterklärung des anderen Theils an den Antrag hat gebunden sein wollen und ebensowenig die Auslegung, daß der andere Theil durch sein Stillschweigen die Annahme der Offerte hat zu erkennen geben wollen." Erscheint im konkreten Fall diese Auslegung auf Grund von späteren Handlungen oder Erklärungen der Parteien gerechtfertigt, so ist der Vertrag als stillschweigend acceptirt, mithin als geschlossen anzusehen, und zwar in dem Zeitpunkt, in welchem nach Art. 318 die Offerte acceptirt werden mußte. Diese Entscheidung widerspricht nicht nur dem Art. 318 nicht, sondern sie ist nach den in den Art. 297 und 317 ausgesprochenen Principien für unbedenklich zu halten." (16. Sept. 71; M. III. 24; C. I. 161.)

Art. 322.

Annahme einer Offerte.

96. a. „War dem Kläger vorbehalten, das am Vormittage besprochene Geschäft am Nachmittage zu dem angegebenen Kurse abzuschließen, sollte C. bis zum Geschäftsschluß am Nachmittage an den von ihm offerirten Kurs gebunden sein, war ferner am Vormittage alles Wesentliche des Geschäfts unter den Parteien vereinbart, so gehörte zum definitiven Abschluß Nichts als eine genügend bestimmte Annahme des offerirten Kurses, abgegeben im Lauf des Nachmittags. Es bedurfte nicht auch einer Annahme dieser Annahme; — die annehmende Erklärung des Klägers war vielmehr für die Beklagte auch dann verpflichtend, wenn auf ihrer Seite eine zustimmende Erklärung unterblieb oder eine abweisende erfolgte. Nur dann, wenn die annehmende Erklärung des Klägers der Offerte nicht völlig entsprochen, Abweichungen von dem am Vormittage Besprochenen enthalten hätte, würde sie zum definitiven Abschluß ungenügend gewesen sein und Zustimmung der Beklagten nöthig gemacht haben. Art. 322 H.-G.-B. —

b. Im Laufe der Verhandlungen entgegnete der Kläger auf die Offerte des Beklagten, er werde sich im Laufe des Tags über den Kauf der 3975 Rubel polnischer Pfandbriefe erklären. Auf jene Entgegnung des Klägers versetzte Moritz C. „gut." „Noch vor Ablauf des Tags hat der Kläger, nachdem er sich auf die Erwiderung „„gut"" entfernt hatte, das Anerbieten, ihm 3975 Rubel Nominalwerth polnische Pfandbriefe das 100 für $85^{1}/_{4}$ Rubel polnisches Papiergeld verkaufen zu wollen, schriftlich angenommen." Hat Moritz C. durch die gedachte Erwiderung

„gut“ dem Kläger zugestanden, das betreffende Anerbieten im Laufe des Tags anzunehmen? — „Es ist unmöglich, der Entgegnung nach den Umständen des Falls einen andern Sinn beizulegen. Die Ansicht der verklagten Handlung, in dem Worte „gut“ sei nur eine juristisch werthlose Aeußerung oder Redensart zu finden, ist unhaltbar. Die Partei, welche bei der Verhandlung eines Vertrages auf einen bestimmten Antrag des andern Theils mit „gut“ antwortet, giebt eine zustimmende Erklärung ab. Wäre es ihr gestattet, die Antwort nachträglich für nicht bindend zu erklären, weil sie als eine bedeutungslose konventionelle Aeußerung sich darstelle, so würde es mit dem Abschluß mündlicher Verträge schlecht bestellt sein, und namentlich der kaufmännische Verkehr, welcher eine kurze Redeweise nicht entbehren kann und vorzugsweise auf Treu und Glauben ruht, schweren Abbruch erleiden.“ (26. Sept. 71; M. III. 34.)

Art. 322.

Modificirte Annahme.

97. „Wir ersehen, daß Sie wünschen, wir sollen unseren Rembours sechs Monat Sicht nehmen, da indessen jetzt im Osten statt der sechs Monat Sicht allgemein vier Monat Sicht eingeführt ist — so werden wir uns erlauben, für Ihre Rechnung vier Monat Sicht zu nehmen.“ Diese Antwort des Kommissionärs (eine Handlung in Bombay) auf die ihm gewordene Einkaufsordre enthält eine Ablehnung, verbunden mit einem Gegenvorschlage. Auf den letzteren sich einzulassen war der Antragsteller nicht verbunden. (22. Oktbr. 70. M. I. 19.)

Art. 323.

Stillschweigende Genehmigung.

98. Es handelt sich um die Frage, ob der Einkaufskommissionär angekaufte Waaren, auf welche sich die Kommission nicht ausdrücklich mit erstreckte, dem Kommittenten deswegen in Rechnung stellen könne, weil dieser auf die Anzeige vom Ankauf geschwiegen habe, ob also in diesem Schweigen eine Genehmigung des Ankaufes zu finden sei. Im Allgemeinen wird dies vom Oberhandelsgericht verneint. Es liegt hier „keiner der wenigen Fälle vor, für welche das Gesetzbuch eine ungesäumte Erklärung unter dem Präjudiz der Genehmigung vorgeschrieben hat: — (H.-G.-B. Art. 323 Abs. 1; Art. 339 Abs. 4; Art. 347 Abs. 2 bis 4; Art. 364 Abs. 2; — vergl. auch Art. 7 Abs. 2; Art. 56 Abs. 2; Art. 59 Abs. 2; Art. 96 Abs. 2;) Fälle, welche theils gesetzliche Fixirungen unzweifelhaften Handelsgebrauchs sind, theils dem Gebiete der bloßen Zweckmäßigkeitsfeststellungen angehören. Sie sind keineswegs bloße Konsequenzen des allgemein gewollten, und nur in bestimmten Richtungen ausgesprochenen, Prinzips, daß überhaupt im Handelsverkehr das Stillschweigen auf Anfrage, Anzeige, Antrag oder Auftrag schlechthin als Genehmigung zu gelten habe, und sind darum der analogen Anwendung unfähig. (Goldschmidt, Handb. d. Handelsr. Bd. I. S. 268; Hauser, Zeitschr. für das gesammte Handelsrecht Bd. XII. S. 101 ff.; v. Hahn, Komm. Bd. II. S. 162, 325.) Insbesondere bezieht sich Art. 323 lediglich auf das Anerbieten eines Auftrags, keineswegs

auf den gerade umgekehrten Fall, daß der Beauftragte dem Auftraggeber das Anerbieten eines ganz neuen Geschäfts (Einkaufskommission, Kaufgeschäfts) macht. Damit aber aus der bloßen Vertragsproposition — sei es eines Einkaufsauftrags, sei es eines Kaufgeschäfts — ein Vertrag entstehe, genügt, wenn auch unter Kaufleuten, daß bloße Stillschweigen des Anerbotenen — Beantragten — keineswegs, ist vielmehr Erklärung, ausdrückliche oder stillschweigende, der Annahme unerläßlich. (HGB. Art. 318 ff.; Motive zum preuß. Entwurfe S. 124, 125; Annalen des Ober-Appell.-Ger. zu Dresden; Neue Folge Bd. V. S. 29; Zeitschr. f. d. ges. Handelsrecht Bd. IV. S. 137, Bd. IX. S. 378, Bd. XII. S. 101 ff. 231; Centralorgan für das DHR. N. F. Bd. V. S. 523 ff.; Busch's Archiv, Bd. IX. S. 374, Bd. XI. S. 392 ff., Bd. XIV S. 457 ff.) — Zu einem gleichen Ergebniß führt die Prüfung des in zweiter Linie maßgebenden Handelsgebrauches, sowie die subsidiär in Betracht kommenden Grundsätze des bürgerlichen Rechtes. Nach dem letzteren wird das bloße Stillschweigen zu den Handlungen und auf die Anfrage eines Andern, sogar eines Mandatars, in der Regel keineswegs als Einwilligung oder Bewilligung angesehen (vgl. Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. I. § 72 Note 10, Bd. II. §. 308 Note 2). Im allgemeinen läßt sich nur mit dem römischen Juristen Paulus sagen: qui tacet, non utique fatetur; sed tamen verum est, eum non negare (L. 142 Dig. de regulis juris, 50, 17). — v. Savigny, System Bd. III. §. 132. — Der Handelsgebrauch endlich geht zwar dahin, daß thatsächlich im Geschäftsverkehr — zumal unter Kaufleuten und bei Gelegenheit eines schon bestehenden Vertragsverhältnisses – auf Mittheilungen und Anfragen, soweit solche dazu Anlaß geben, alsbaldige Erklärung zu erfolgen pflegt, allein eine Rechtspflicht dazu doch nur unter besonderen Umständen besteht, falls nämlich die Unterlassung der Erklärung als Verletzung der im Handelsverkehr zumal nothwendigen Beobachtung von Treu und Glauben erscheinen würde, insbesondere falls dem Schweigen offensichtlich die Absicht der arglistigen Täuschung — vergl. auch L. 2 Cod. si aliena res pign. (8, 16) — oder die Absicht unterliegt, den anderen Theil zu einer ihm möglicher Weise — z. B. wegen Preisschwankungen — nachtheiligen, dem Schweigenden aber vortheilhaften Unthätigkeit zu verleiten; Seuffert's Archiv Bd. I. Nr. 40, Bd. XI. Nr. 80, Bd. XIV. Nr. 125." — (Die übrigen in diesem Fall maßgebenden Erwägungen s. beim Kommissionsgeschäft). 29. Okt. 70; M. I. 22; St. I. 27; C. I. 11.

Art. 323.

Stillschweigende Genehmigung.

99. „Nicht*) selten ist die Behauptung aufgestellt, daß dem Schweigen — von den positiven Ausnahmefällen abgesehen — niemals die Bedeutung der Einwilligung gegeben werden dürfe. Allein die Beurtheilung der Konkludenz einer Handlung ist quaestio facti, und es ist kein Grund einzusehen,

*) Die Entscheidung betraf als s. g. sententia quarta nach sächs. Prozeßrecht denselben Fall wie die nächst vorher mitgetheilte.

weshalb nicht ganz dasselbe von dem bloßen Stillschweigen gelten soll; wie denn ein innerer Unterschied zwischen den beiden Fällen — einer sogenannten stillschweigenden Willenserklärung und einer Erklärung durch bloßes Stillschweigen — nicht vorhanden ist. In jedem konkreten Falle sind mit dem Stillschweigen mehr oder weniger besondere Umstände verbunden, und es ist Sache der freien richterlichen Beurtheilung, die Bedeutung des Schweigens in Verbindung mit diesen Umständen zu untersuchen. Dem Falle aber, wo nach der ganzen konkreten Sachlage bei unbefangener Beurtheilung aller Verhältnisse dem Schweigen die Bedeutung einer Einwilligung gegeben werden muß, steht der andere Fall gleich, wo ohne solche Annahme der schweigende Theil gegen Treue und Glauben gehandelt haben würde." (17. Febr. 71; St. I. 56; C. I. 64.)

Art. 326.

Zeit der Erfüllung.

100. Die Abrede, daß der Schuldner nach seiner Bequemlichkeit, wie es ihm passe, Zahlung leisten könne, sei nicht dahin zu verstehen, daß es von dem Belieben des Schuldners abhänge, wann er zahlen wolle; vielmehr sei die Zahlungszeit unter Berücksichtigung aller obwaltenden Umstände nach richterlichem Ermessen zu bestimmen; nach den Umständen des vorliegenden Falles sei dem Verkl. bereits eine genügende Zahlungsfrist gewährt; es sei ein unbilliges Verlangen desselben, daß Kläger mit seiner Befriedigung so lange warten solle, bis Verkl. ohne die geringste Unbequemlichkeit aus den Ersparnissen von dem in seinem Gewerbe zu machenden Verdienste Zahlung zu leisten im Stande sein werde; Verkl. möge vielmehr nöthigenfalls, um den Kläger befriedigen zu können, ein Kapital aufnehmen. (13. April 71; M. II. 44.)

101. Die Kläger haben den Beklagten während ca. 1½ Jahren Wollenwaaren auf Kredit geliefert, Beklagte darauf zu unregelmäßigen Zeiten Zahlungen geleistet. Können die Kläger von der am Schluß des ersten Jahres verbliebenen Restschuld Verzinsung fordern? (Ein Kontokurrentverhältniß liegt nicht vor — oben Nr. 79.)

„Es steht fest, daß unter den Parteien ein Zahlungsziel nicht vereinbart, daß vielmehr den Beklagten im Beginn der beiderseitigen Geschäftsverbindung gesagt ist: — auf bestimmte Zahlungstermine komme es nicht an; sie könnten zahlen, wenn es ihnen passe, — und daß die Kläger demgemäß während jener Geschäftsverbindung den Bekl. Rechnungsauszüge mitgetheilt haben, ohne Zinsen zu berechnen. — Die Absicht beider Theile ist also ersichtlich dahin gegangen, daß das Kaufgeld nicht mit dem Empfange der einzelnen Lieferungen, sondern erst nach einer billigen Frist fällig und verzinslich werden sollte. Nun haben sich aber die Kläger für ihre Zinsberechnung nicht auf den Ablauf einer derartigen Frist, sondern auf eine angebliche Berliner Usance berufen, und da die Existenz derselben von den Beklagten bestritten, von den Aeltesten der berliner Kaufmannschaft aber verneint ist, so fehlt ihrer Zinsenforderung die Begründung." (19. Sept. 71; M. III. 31.)

Art. 334.

Sconto.

102. „Der Ausdruck Sconto wird im Handelsverkehr für den usancemäßigen oder vertraglichen Abzug von einem Schuldbetrage in so verschiedenen Bedeutungen gebraucht, daß man aus der Bezeichnung eines solchen Abzugs als Sconto auf die Bedingungen desselben irgend einen zuverlässigen Rückschluß nicht machen kann. Deshalb hat derjenige, welcher ein vertragsmäßiges Scontorecht beansprucht, nicht blos dessen Entstehung überhaupt, sondern auch die betreffenden Modalitäten zu beweisen, sofern darüber Streit obwaltet." (1. Juni 71; C. II. S. 32.)

II.

Rechtsprechung in Bezug auf das Strafrecht.

Vorbemerkung.

Die Uebersicht über die Rechtsprechung in Bezug auf das Reichsstrafrecht soll in Zukunft einen stehenden Artikel in dieser Zeitschrift bilden. Die Leser werden es hoffentlich nicht ungern sehen, wenn hiermit über die nächsten Zwecke der Zeitschrift hinausgegangen wird, da letztere auf diese Weise die gesammte Rechtsprechung auf dem Gebiete der deutschen Gesetzgebung umfaßt. Die Zusammenstellung der strafrechtlichen Uebersicht hat auf Ansuchen des Herausgebers Herr Ober-Tribunalsrath Hahn zu übernehmen die Güte gehabt. Dieselbe wird im Wesentlichen nach den Grundsätzen bearbeitet werden, welche in Bezug auf die Rechtsprechung des Reichs-Oberhandelsgerichts in der im vorigen Hefte enthaltenen Vorbemerkung dargelegt sind.

Sie wird sich nicht auf das Reichsstrafgesetzbuch beschränken, sondern auch die in anderen Reichsgesetzen (der Gewerbe-Ordnung, den Zollgesetzen, dem Postgesetze ꝛc.) enthaltenen Strafbestimmungen berücksichtigen.

Nur Entscheidungen der höchsten Gerichtshöfe sind mitgetheilt. Von ihnen bietet die Spruchpraxis des preuß. Ober-Tribunals das umfangreichste Material; doch ist auch die Rechtsprechung der anderen letztinstanzlichen Gerichtshöfe, wie schon die vorliegende erste Zusammenstellung zeigt, nicht unergiebig.

Die Citate beziehen sich auf:

1. Dr. Oppenhoff, die Rechtsprechung des K. Ober-Tribunals und des K. Ober-Appellationsgerichts in Strafsachen (Berlin, G. Reimer), citirt: O.R.
2. Dr. Goltdammer, Archiv für gemeines deutsches und für preuß. Strafrecht. (Berlin, R. v. Decker), citirt: G.A.
3. Dr. Schwarze. Allgemeine Gerichtszeitung für das Königreich Sachsen und die großherzoglich und herzogl. sächsischen Länder (Leipzig, Fues' Verlag), citirt: S.G.

In den folgenden Uebersichten werden auch die anderweitigen Mittheilungen von Entscheidungen oberster deutscher Gerichtshöfe benutzt werden.

Einführungsgesetz. §. 2.

Allgemeine Vorschriften der in Kraft gebliebenen Spezialgesetze.

1. Die besonderen Vorschriften des Bundes- und Landes-Strafrechts, welche sich auf solche verbotene Handlungen beziehen, über welche der zweite Theil des B.-St.-G.-B.'s keine Bestimmung enthält, sind durch §. 2. des Einf.-Gesetzes vom 31. Mai 1870 ganz allgemein bei Kraft erhalten worden. Demnach beruht die Annahme, als ob nur ein Theil jener besonderen Vorschriften, namentlich diejenigen, welche die thatbestandlichen Merkmale der Vergehung

und die Strafdrohung enthalten, nicht aber diejenigen in Geltung verblieben seien, welche Abweichungen von dem ersten allgemeinen Theile des B.-St.-G.-B.s enthalten, auf Rechtsirrthum und es ist für die Frage nach der ferneren Geltung auch solcher Vorschriften, welche von dem allgemeinen Theile des B.-St.-G.-B. abweichen, nur die Prüfung maßgebend, ob dieselben wirklich als besondere Bestimmungen rücksichtlich der betreffenden, im B.-St.-G.-B. nicht behandelten verbotenen Handlungen anzusehen sind, oder etwa bloß als Folgesätze aus den vorher geltend gewesenen allgemeinen Strafrechtsgrundsätzen sich darstellen. Da nun Art. XI. der Verordn. vom 25. Juni 1867, welcher bei Einführung des Preuß. St.-G.-B. in die neuen Landestheile, übereinstimmend mit Art. 5 des Gesetzes vom 22. Mai 1852, für alle Steuerkontraventionen eine Verjährung von 5 Jahren anordnete, keineswegs mit den allgemeinen Bestimmungen des Preuß. St.-G.-B.s §. 46 und §. 339 übereinstimmte, sondern eine Sonderbestimmung für Steuerkontraventionen enthielt, und da die Materie der Steuerkontraventionen so wenig im B.-St.-G.-B. als im Preuß. St.-G.-B. sich behandelt findet, so ist jener Art. XI. auch nach Einführung des B.-St.-G.-B.s in Geltung verblieben, soweit nicht in Ansehung gewisser, in die Bundeskasse fließender Steuern durch §. 7 des Einf.-Gesetzes vom 31. Mai 1870 eine Abänderung getroffen worden ist. (Preuß. Ob.-App.-Ger. 7. Juni 1871, O.R. 12 S. 314.)

Bedeutung des Begriffs „Materien". Strafbestimmungen über Selbsthilfe.

2. „Mit vollem Recht hat das Bezirksgericht seiner Entscheidung den Satz zu Grunde gelegt, daß mit dem Inkrafttreten des Nordd. St.-G.-B. unter Anderm auch Art. 247 des Kgl. Sächs. Rev. St.-G.-B. außer Kraft getreten sei. Indem die Denunciaten Solches bestreiten, gehen sie von einer unrichtigen Auffassung der in §. 2 des Einführungsgesetzes zum Nordd. Straf-G.-B. enthaltenen Vorschrift und namentlich von einer viel zu engen Interpretation des dort gebrauchten Ausdruckes „Materie" aus. Es ist nicht wohl denkbar, daß die Bundesgesetzgebungs-Faktoren der Meinung gewesen sein sollten, wie eine in einem Landesgesetze mit Strafe bedrohte Handlung dann, sobald selbige nicht ihrem vollen Thatbestande nach in dem Bundesstrafgesetzbuche reproduzirt worden sei, ohne Weiteres noch fernerhin nach den Landesstrafgesetzen beurtheilt und geahndet werden solle. Die derogatorische Kraft des nordd. St.-G.-B. sollte offenbar weiter reichen. Dasselbe stellte sich ganz zweifellos die Aufgabe, auf dem Gebiete des Strafrechts eine Einheit zu schaffen, und diese erscheint nur dann gewahrt, dafern man annimmt, daß Strafvorschriften der Einzelstaaten nur insoweit fortbestehen, als dem Bundesstrafgesetzbuche der bezügliche Thatbestand völlig fremd ist. Insbesondere darf auch das Fortbestehen einer Strafvorschrift unseres Rev. Str.-G.-B. nicht schon daraus hergeleitet werden wollen, daß der Thatbestand des bezüglichen Delikts nicht ganz in der nämlichen Form in dem B.-St.-G.-B. wiedergegeben wurde. Sobald man aber hieran festhält, hat man jedenfalls auch den Art. 247 des Rev. Str.-G.-B. als aufgehoben anzusehen Mit diesem Art. begann das Kap. X., welches von der Selbsthilfe und von dem Zweikampfe handelte, und es faßte hiernach das Rev. St.-G.-B. das Duell ge-

wissermaßen als eine besondere Abart der Selbsthilfe auf. Schon diesem Umstande und der weiteren Erwägung gegenüber, daß die voraussetzlich mit allen Strafbestimmungen der Einzelstaaten vertrauten Bundesgesetzgebungs-Faktoren neben dem Zweikampfe der unerlaubten Selbsthilfe als eines selbstständigen Delikts nicht gedachten, würde auf ihre Absicht, letztere kriminalrechtlich straflos zu lassen, zu schließen sein. Zu einem gleichen Resultate gelangt man aber auch, wenn man auf den zweiten Strafsatz des Art. 247 besonderes Gewicht legt und daraus schließen zu können glaubt, wie das Rev. Str.-G.-B. die meisten Fälle der unerlaubten Selbsthilfe zugleich aus dem Gesichtspunkte der Nöthigung beurtheilt habe, indem solchenfalls daraus, daß das nordd. Str.-G.-B. nur das Vergehen der Nöthigung als einen selbstständigen Thatbestand behandelt (§. 240), ebenmäßig die Folgerung gezogen werden muß, dasselbe habe es für genügend erachtet, wenn die Fälle der Selbsthülfe, welche in der Form und unter den besonderen Voraussetzungen einer Nöthigung auftreten, dem Strafgesetze verfielen. Zudem ergiebt das Studium des Nordd. Str.-G.-B., daß dasselbe noch manche andere Vorschriften enthält, unter welche solche Handlungen zu stellen sein werden, die zur Zeit der Herrschaft des Rev. St.-G.B. unter den Begriff einer unerlaubten Selbsthilfe gefallen sein würden; es mag hier nur beispielsweise an §. 289 d. Nordd. Str.-G.-B. erinnert werden. Demzufolge wird der Thatbestand der Selbsthilfe durch das Nordd. Str.-G.-B. in so verschiedenartigen Beziehungen getroffen, daß ein Fortbestehen der Strafvorschrift des Art. 247 des Rev. Str.-B. nicht angenommen werden kann." (Kgl. Sächs. Ob.-App.-Ger. 17. März 71. S.G. 15 S. 111).

Einführungsgesetz. §§. 2 u. 6.

Untersagung des Gewerbetriebs in Spezialgesetzen.

3. Wenn gleich es richtig ist, daß das Str.-G.-B. die Strafart der Untersagung des Gewerbebetriebes nicht kennt, so hat doch §. 2 des Einf.-Gesetzes ausdrücklich bestimmt, daß die besonderen Vorschriften des Bundes- und Landes-Strafrechtes über strafbare Verletzungen der Preßpolizei neben dem St.-G.-B. in Kraft bleiben sollen. Zu diesen gehört auch der §. 54 des Preuß. Preßgesetzes vom 12. Mai 1851, der sogar noch in neuester Zeit durch §. 143 Abs. 3 der Gewerbe-O. vom 21. Juni 1869 ausdrücklich sanktionirt worden ist und daher um so weniger durch das Str.-G.-B. für beseitigt erachtet werden kann. (Preuß. Ob.-Trib. 12. Mai 71. O.R. 12 S. 266.)

4. Die Bundes-Gewerbe-Ordnung, welche am 29. Juni 1869 erlassen ist, also dem Einführungs-Gesetze zum Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund vom 31. Mai 1870 nur kurze Zeit vorherging, enthält im §. 143 die Bestimmung:

„die Berechtigung zum Gewerbebetriebe kann, abgesehen von der Konzessions-Entziehung und der in diesem Gesetze gestatteten Untersagung des Gewerbebetriebs (§. 15 Abs. 2 und §. 35), weder durch richterliche, noch durch administrative Entscheidung entzogen werden. Ausnahmen von diesem Grundsatze, welche durch die Steuergesetz-

gebung begründet sind, bleiben so lange aufrecht erhalten, als diese Steuergesetze in Kraft bleiben."

Demnach ist in demjenigen Bundesgesetze, welches die Regelung des Gewerbebetriebes zum speziellen Gegenstande hat, zugleich mit der Aufstellung des Grundsatzes, daß die Berechtigung zum Gewerbebetriebe nicht mehr entzogen werden könne, die noch speziellere Bestimmung getroffen, daß die Entziehung der Berechtigung zum Gewerbebetriebe, welche in den Steuergesetzen wegen Zuwiderhandlungen gegen dieselbe angedroht sei, noch ferner zulässig sein solle, und zwar so lange, als diese Steuergesetze in Kraft seien.

Diese Schlußbestimmung beruht ohne Zweifel auf der Anschauung, daß von dem besonderen Standpunkte der zum Theil auf Vereinbarungen zwischen den Zollvereinsstaaten beruhenden Steuergesetzgebung aus werde geprüft werden müssen, ob und welche anderweitige Maßregeln zur Sicherung der Steuergefälle anzuordnen seien, bevor auch bei Steuervergehen jene Strafe aufgehoben werden könne.

Gegenüber einer derartigen, in dem Spezialgesetze über den Gewerbebetrieb enthaltenen, die Materie der Entziehung der Berechtigung zum Betriebe bei Steuervergehen als Strafe speziell regelnden Bestimmung, welche zugleich die Dauer ihrer Geltung vorgezeichnet hat, erscheint das jüngere Bundesgesetz, nämlich die Vorschrift des §. 6 des gedachten Einführungsgesetzes, welche die Entziehung der Berechtigung zum Gewerbebetriebe wegen Steuervergehen nicht besonders ins Auge faßt, als eine allgemeine und daher als eine solche, durch welche jenes Spezialgesetz nicht ohne Weiteres aufgehoben wird; dies würde nur dann angenommen werden können, wenn das jüngere Gesetz die Absicht, die in dem Spezialgesetze noch vorbehaltenen Ausnahmen von dem dort adoptirten Grundsatze und auch die allgemeine Vorschrift zu beseitigen, in erkennbarer Weise zum Ausdruck gebracht hätte. Dies ist aber nicht geschehen. Gegen eine solche Absicht spricht klar die bereits hervorgehobene kurze Aufeinanderfolge der beiden von denselben gesetzgebenden Faktoren erlassenen Gesetze. Daß die Bestimmungen des §. 143 der Gewerbe-Ordnung unberührt durch das Strafgesetzbuch und das Einführungsgesetz zu demselben fortbestehen sollten, und es vollständig außer der beabsichtigten Tragweite des letztgedachten Gesetzes gelegen habe, durch §. 6 desselben die im §. 143 der Gewerbe-Ordnung gemachten Vorbehalte zu treffen, wird denn auch durch die Materialien zum Strafgesetzbuch vollständig bestätigt. Die amtlichen Motive desselben stehen unbedenklich auf diesem Standpunkte. Zu dem von der fahrlässigen Tödtung handelnden §. 217 des Entwurfs erwähnen dieselben zunächst als Grundlage der neuen Bestimmung den §. 184 des Preußischen Strafgesetzbuchs, welcher den Thäter auch mit dem Verluste der Befugniß zur selbstständigen Betreibung seiner Kunst oder seines Gewerbes bedroht hatte, wenn er die Aufmerksamkeit oder Vorsicht aus den Augen gesetzt hatte, zu welcher er vermöge seines Berufes oder Gewerbes besonders verpflichtet war. Dabei motiviren sie nur die Nothwendigkeit einer Aenderung durch Hinweisung auf den §. 143 der Gewerbe-Ordnung und führen (S. 114) aus:

„es sei darnach als die Meinung des Gesetzes anzunehmen, daß die Entziehung der Berechtigung zum Gewerbebetriebe künftig — von

den besonderen im §. 143 für die Steuer- und Preßgesetzgebung bestimmten Ausnahmen abgesehen — überhaupt als Strafart nicht mehr zulässig sei, die Verletzung besonderer Berufspflichten vielmehr nur mit der gewöhnlichen Strafe belegt werden solle. So bedenklich das gerade in seiner Anwendung auf die hier in Rede stehenden strafbaren Handlungen auch erscheinen möge, so habe sich doch der Versuch verbieten müssen, ein eben erst gesetzgeberisch sanktionirtes Prinzip wieder zu durchbrechen. Es habe vielmehr die in dem §. 184 des preußischen Strafgesetzbuchs bei fahrlässiger Tödtung und im §. 102 bei vorsätzlich oder fahrlässig verübter Körperverletzung vorgeschriebene Strafe der Verlustigerklärung des Rechts zum selbstständigen Gewerbebetriebe fortfallen müssen."

Dieser Standpunkt der Motive, nach welchem unzweifelhaft die hervorgehobenen Ausnahmen neben dem, eben erst gesetzgeberisch sanktionirten, Prinzipe und neben dem Strafgesetzbuch fortbestehen sollten, hat bei den Verhandlungen im Reichstage von keiner Seite Widerspruch gefunden. Weder in der Kommission bei der Vorberathung des §. 217 noch bei den Berathungen im Hause über denselben Paragraphen und den §. 6 des Einführungsgesetzes ist von irgend einer Seite auch nur ein Bedenken gegen die Auffassung der Motive erhoben worden. Es ist daher die Annahme berechtigt, daß der in den Regierungs-Motiven dargelegte Standpunkt auch vom Reichstage getheilt worden sei. Hiernach sind also die Bestimmungen des §. 143 der Bundes-Gewerbe-Ordnung über die fernere ausnahmsweise Zulässigkeit der Untersagung des Gewerbebetriebes als Strafe als noch in Kraft bestehend zu betrachten. (Preuß. Ob.-Trib. 7. Dez. 71. G.A. 19 S. 798; vgl. auch Preuß. Ob.-Trib. 28. April 71. O.R. 12 S. 242 G.A. 19 S. 453.)

Einführungsgesetz. §. 6.

Keine Rückwirkung auf rechtskräftige Verurtheilungen.

5. Sowohl der §. 6 des Einf.-Gesetzes, als der §. 2 des St.-G.-B. beziehen sich ihrer klaren Wortfassung nach nur auf die seit dem 1. Januar 1871 zur Aburtheilung gelangenden, nicht aber auf die unter der Herrschaft der früheren Strafgesetzgebung bereits rechtskräftig entschiedenen Straffälle. (Preuß. Ob.-Trib. 1 Juni 71. O.R. 12 S. 292).

6. Die eidliche Vernehmung eines Zeugen, welcher unter der Herrschaft des Preuß. Str.-G.-B. zur Untersagung der Ausübung der bürgerlichen Ehrenrechte verurtheilt und deshalb zur Ablegung eines eidlichen Zeugnisses unfähig geworden war, ist abgelehnt. Die Beschwerde hierüber ist verworfen: „Das St.-G.-B. hat zwar in den §§. 31 bis 37 neben der Abänderung des, mit der an sich entehrenden Zuchthausstrafe verbundenen Verlustes der Ehrenrechte (§§. 11, 12 des Preuß. St.-G.-B.s) an die Stelle der besonderen Ehrenstrafe des §. 21 des Preuß. St.-G.-B.s eine andere, die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte, gesetzt und in den §§. 33 und 34 definirt. Daraus folgt jedoch weiter nichts, als daß gemäß §. 6 des Einf.-Gesetzes vom 31. Mai 1870 seit dem 1. Januar 1871 auf die frühere Untersagung der Ausübung der bürgerlichen Ehrenrechte auf Zeit nicht mehr erkannt werden

kann, nicht aber, daß in der im vorigen Jahre schon rechtskräftig erkannten und ihrem vollen Begriffe und ihrer Wirksamkeit nach eingetretenen Ehrenstrafe stillschweigend eine Aenderung oder Milderung vorgegangen sei." (Preuß. Ob.-Trib. 19. April 71. O.R. 12 S. 214. G.A. 19 S. 532). Vergl. Preuß. Ober-Trib. 25. Okt. 71 in G.A. 19 S. 800.

Geldstrafen im ästimator. Injurien-Prozesse.

7. „Daß auch nach dem 1. Januar 1871 die vor Einführung des Hamburgischen Strafgesetzbuches vom 30. April 1869 bereits anhängig gemachten Injurienklagen von den Civilgerichten nach dem bisherigen Rechte zu entscheiden seien, bestimmt das Hamburger Einf.-Gesetz zum deutschen Strafgesetzbuch sub. D. Nr. 4, durch welche Vorschrift der §. 12 des Einführ.-gesetzes zum Hamburger Strafgesetzbuche vom 30. April 1869 mit der Maßgabe in Kraft belassen wird, daß die Befugniß des Richters, unter Umständen auf Abbitte, Widerruf oder Ehrenerklärung zu erkennen, in Wegfall kommen solle.

In Gemäßheit des Art. 2 der Verfassung des Deutschen Bundes (B.-G.-Bl. 1870 S. 627) unterliegt es der richterlichen Kognition, ob die Landesgesetze in Uebereinstimmung mit den Bundesgesetzen sich befinden, und es entstand daher auch in vorliegendem Falle die Frage, ob die oben erwähnte Bestimmung des Hamburger Einführungsgesetzes zum Deutschen Strafgesetze mit den Vorschriften des letzteren und namentlich mit §. 6 des Einführungsgesetzes zu demselben vom 31. Mai 1870 in Uebereinstimmung stehe.

Diese Frage konnte bejaht werden. Denn durch Anstellung der gemeinrechtlichen ästimatorischen Injurienklage erlangt der Kläger ein wohlerworbenes Recht auf diejenige Geldsumme, welche in Folge richterlicher Schätzung ihm zuerkannt werden möchte.

Wäre demnach §. 6 des Einführungsgesetzes zum Deutschen Strafgesetzbuche dahin zu verstehen, daß nach dem 1. Januar 1871 alle anderen als die in den §§. 188, 231 des Strafgesetzbuchs erwähnten Privatstrafen in Wegfall kommen sollten, ginge man weiter auch von der Ansicht aus, daß die in Folge der ästimatorischen Injurienklage zu verhängende Satisfaktionssumme eine Strafart sei, welche das deutsche Strafgesetzbuch nicht kenne, da einmal die in §§. 188, 231 erwähnten Privatstrafen nur Nebenstrafen und zugleich die etwaigen Entschädigungsansprüche absorbirende Privatstrafen sind, was Beides für die gemeinrechtliche Injurien-Satisfaktion nicht zutrifft, und da ferner die Geldstrafe des Strafgesetzbuchs überall nur eine öffentliche und durchaus keine Privatstrafe ist; so würde doch, wenn man den §. 6 des Einführungsgesetzes zum Deutschen Strafgesetzbuche auf die vor Geltung desselben bereits anhängig gemachten Injurienklagen in Anwendung bringen, und dem Kläger die ihm nach Lage der Sache zukommende Satisfaktionssumme nicht zubilligen wollte, darin die Beseitigung eines wohlerworbenen Rechtes, eines erworbenen privatrechtlichen Anspruches gefunden werden müssen, eines Anspruches, welcher nach gemeinrechtlichen Grundsätzen dem Kläger eben durch Anhängigmachen der Injurienklage entstanden ist. Soll es nun auch nicht in Abrede gestellt werden, daß ein neues Gesetz auch wohlerworbene Rechte aufzuheben in der Lage sein kann, so wird doch anzunehmen sein, daß, wenn eine derartige Beseitigung wohlerworbener Rechte in der Intention des Ge-

setzes gelegen haben sollte, diese Intention in einer ausdrücklichen Bestimmung des Gesetzes zu Tage getreten sein würde. Wo es dagegen, wie im vorliegenden Falle, an einer derartigen ausdrücklichen Bestimmung fehlt, wird anzunehmen sein, daß das neue Gesetz die bereits erworbenen privatrechtlichen Ansprüche nicht hat berühren wollen.

Mag man daher der Ansicht sein, daß in Folge des §. 6 nach dem 1. Januar auf Privatstrafen nicht mehr erkannt werden darf, und zwar gleichviel, ob die betreffende Handlung vor oder nach dem 1. Januar 1871 begangen ist, so wird man diese Bestimmung doch auf diejenigen Fälle in Anwendung zu bringen Bedenken tragen müssen, in denen es sich wie im vorliegenden Falle nicht blos um die Verhängung einer Privatstrafe, sondern zugleich um die Beseitigung eines bereits erworbenen privatrechtlichen Anspruches handelt." (Ob.-App.-G. zu Lübeck 15. April 71. G.A. 19 S. 605.)

Strafgesetzbuch. §. 2.

Thatbestand nach dem älteren und dem neueren Gesetze.

8. Die Angekl. war schuldig erklärt, im November 1870 in Berlin eine Sache gestohlen zu haben, welche ein Kind unter 12 Jahren bei sich führte, eine That, welche §. 218 Nr. 5 des Preuß. Strafgesetzbuchs als schweren Diebstahl mit 2—10 Jahren Zuchthaus bedrohte, während dieselbe nach dem Deutschen Strafgesetzbuch nur als einfacher Diebstahl zu ahnden ist. Es war ferner festgestellt, daß die Angekl. im Laufe der letzten 10 Jahre zweimal, den §§. 244, 245 des Deutschen Strafgesetzbuchs entsprechend, von Kgl. Sächsischen Gerichten wegen Diebstahls bestraft worden sei. Das Kammergericht erkannte am 9. Juni 1871 nur auf die Strafe des einfachen Diebstahls nach §. 242 des Deutschen Strafgesetzbuchs, weil die Rückfälligkeit nicht berücksichtigt werden könne, da sie mit der That in keinem Zusammenhange stehe und sich nur auf die Person der Angekl. beziehe. Das Ob.-Trib. hat vernichtet: „Die Vorschrift im §. 2 des B.-Str.-G.-B., daß bei Verschiedenheit der Gesetze von der Zeit der begangenen Handlung bis zu deren Aburtheilung das mildeste Gesetz anzuwenden sei, kann schon ihrem Wortlaute nach nur dahin verstanden werden, daß mit dem Worte Gesetz die in irgend einem Zeitpunkt der fraglichen Periode in Geltung stehende Strafgesetzgebung in ihrer Totalität hat bezeichnet werden sollen. Wäre die Absicht des Gesetzgebers dahin gegangen, daß behufs Ermittelung der mildesten Strafe die einzelnen bei der konkreten Strafthat zur Sprache kommenden Detailbestimmungen der verschiedenen in Betracht kommenden Gesetzgebungen verglichen und kombinirt in Anwendung gebracht werden sollten, so hätte er sich in anderer Weise ausdrücken müssen. — Dazu kommt, daß jede Strafgesetzgebung als ein geschlossenes harmonisches Ganzes zu betrachten ist und daher nur durch ihre Anwendung im ganzen Zusammenhange ein der gesetzgeberischen Intention entsprechendes Ergebniß erzielt werden kann, wogegen die Vermengung der Detailbestimmungen verschiedener Strafgesetzgebungen bei der Anwendung auf den einzelnen Fall zu inneren Widersprüchen und un-

absehbaren Verwickelungen führen müßte. Geht man von dem vorstehend aufgestellten Grundsatz aus, so erledigt sich damit der Einwurf des Appellationsrichters, der im §. 244 des B.-Str.-G.-B.s vorgesehene Rückfall stehe mit der That selbst in keinem Zusammenhange, sondern beziehe sich nur auf die Person der Angeklagten, von selbst. Es kommt alsdann nicht auf die einzelnen Gründe, sei es objektiver, sei es subjektiver Natur, an, weshalb der Gesetzgeber eine konkrete That mit einer härteren oder milderen Strafe belegen zu müssen geglaubt hat; der Richter hat vielmehr in jedem einzelnen Falle den ganzen festgestellten Thatbestand nebst allen nach irgend einer der in Betracht kommenden Gesetzgebungen für die Bestimmung der Strafe maßgebenden Umständen ins Auge zu fassen und demnächst zu untersuchen, welche jener Gesetzgebungen unter Anwendung auf das gedachte Gesammtergebniß als die mildere anzusehen sei. — Untersucht man nach diesen Grundsätzen, welche Strafgesetzgebung — — die mildere ist, so ist dies das B.-Str.-G.-B., und zwar auch in dem Falle, wenn man den §. 244 desselben zur Anwendung bringt. — — Hiernach bleibt nur noch die Frage zu beantworten, ob blos §. 242 des B.-St.-G.-B.s oder zugleich §. 244 auf den vorliegenden Diebstahl anzuwenden ist. Der Appell.-Richter verneint die Anwendbarkeit des letzteren §., weil zur Zeit der That nur die von Preuß. Gerichtshöfen gefällten Urtheile den Rückfall hätten begründen können (§. 58 des Preuß. Strafgesetzbuches) und damals nur das Preuß. Staatsgebiet als Inland zu betrachten gewesen, die Angeklagte sich also zur Zeit der That nach den am Ort derselben geltenden Strafgesetzen nicht im Rückfalle befunden habe und ihr derselbe auch nicht durch die abweichenden Bestimmungen des erst nach der That in Kraft getretenen B.-Str.-G.-B.'s, welche das ganze zu demselben gehörige Gebiet als Inland und als ein einheitliches hingestellt, habe zur Last gelegt werden können. Der Appell.-Richter legt also der Beantwortung der Frage, ob Rückfall vorliege, die Bestimmungen des Preuß. Strafgesetzbuchs zu Grunde, während er die That selbst nach §. 242 des B.-Str.-G.-B.s beurtheilt, was nach der obigen Ausführung unzulässig ist. Es läßt sich auch nicht behaupten, wie es dem Appell.-Richter vorzuschweben scheint, daß man durch Beurtheilung der Frage des Rückfalls nach den Bestimmungen des B.-Str.-G.-B.s diesen zum Nachtheil der Angeklagten eine rückwirkende Kraft beilege. Vielmehr findet ja die Vergleichung der verschiedenen in Betracht kommenden Strafgesetzgebungen nur zum Vortheil der Angekl. statt, um zu ermitteln, welche dieser Gesetzgebungen in der Anwendung auf die vorliegende That die mildere sei, und diese muß demnächst und zwar wenn sie die neuere ist, auf Grund der Rechtsfiktion, daß sie bereits zur Zeit der That in Kraft bestanden habe, und die letztere unter deren Herrschaft verübt worden sei, gemäß dem §. 2 des B.-Str.-G.-B., zur Anwendung kommen." (Preuß. Ob.-Trib. 17. März 71. O.R. 12 S. 169. G.A. 19. S. 315.)

9. „Der Appell.-Richter nimmt an, daß der Angekl. in der Nacht zum 28. Sept. 1870 bei einem Angriffe sich eines gefährlichen Instruments bedient und dem E. vorsätzlich eine (erhebliche) Körperverletzung zugefügt hat. In dieser Feststellung ist die Körperverletzung das Ergebniß des bezeichneten Angriffs, dieser das im vorliegenden Falle angewendete Mittel, das zur Körperverletzung geführt hat. Dennoch ist nach dem Strafgesetzbuche von 1870

ein doppelter Thatbestand vorhanden, der des Vergehens wider §. 223 und der der Uebertretung des §. 367 Nr. 10, der Angriff bildet nicht, wie der zweite Richter annimmt, einen Theil des Thatbestandes der Körperverletzung. Dasselbe gilt von dem Preußischen Strafgesetzbuche von 1851, auch nach diesem gehörte der Angriff nicht zum Thatbestande der durch ihn oder doch bei ihm verübten Körperverletzung; der Unterschied besteht nur darin, daß der bezeichnete Angriff für sich allein nach dem Preuß. Strafgesetzbuche eine straflose That war, er auch auf den Thatbestand der aus ihm hervorgegangenen Körperverletzung keinen Einfluß übte. Bei der Anwendung des §. 2 des B.-St.-G.-B.s und der durch ihn gebotenen Prüfung, ob das ältere oder das neuere Strafgesetzbuch das mildere Gesetz enthält, dürfen aber nur diejenigen Thatsachen in Betracht kommen, welche nach dem älteren Strafgesetzbuche einen Theil des Thatbestandes bilden; der durch sie gebildete Thatbestand ist diejenige Handlung im Sinne des §. 2 des neueren Strafgesetzbuches, welche in Bezug auf die Größe ihrer Strafbarkeit nach beiden Gesetzgebungen geprüft wird. Ausgeschlossen bleibt der in dem älteren Strafgesetzbuch straflos gewesene Thatbestand, der erst in dem neuen Strafgesetzbuch in die Reihe der Strafthaten getreten ist, wobei es der Erheblichkeit entbehrt, ob die ihn bildenden Thatsachen nach der älteren Gesetzgebung bei Abmessung der Strafe Bedeutung hatten; denn diese Thatsachen bildeten für sich keine Strafthat, keine Handlung im Sinne des erwähnten §. 2. Im vorliegenden Falle befindet sich in der Reihe der Thatsachen, deren Ausgang die vorsätzliche Körperverletzung war, auch der Angriff mit einem gefährlichen Instrumente; zum Thatbestande des nach beiden Strafgesetzbüchern strafbaren Vergehens der Körperverletzung gehört dieser Angriff in keinem von beiden; er gelangte also an den Appell.-Richter weder als Thatbestand einer besonderen Strafthat, wie sie das neuere Gesetz im §. 367 Nr. 10 kennt, noch als Theil des Thatbestandes der vorsätzlichen Körperverletzung. Nur durch Verletzung des §. 2 des Bundes-Strafgesetzbuchs einerseits und des §. 187 des Preußischen Strafgesetzbuchs und des §. 223 des Bundes-Strafgesetzbuchs andererseits konnte der Appell.-Richter dahin gelangen, den vor dem 1. Januar 1871 vorgekommenen Angriff mit einem gefährlichen Instrumente aus §. 367 Nr. 10 des damals noch nicht geltenden Strafgesetzbuchs von 1870 zu bestrafen. Dieser Theil seiner Entscheidung ist also nichtig; zugleich folgt daraus in der Sache selbst, daß nur über die dem Imploranten zur Last gelegte vorsätzliche Körperverletzung zu erkennen war." (Preuß. Ob.-Trib. 17. Mai 71. O.R. 12 S. 269. G.A. 19 S. 511.)

10. Die Vergleichung des alten und neuen Rechts darf nicht anders vorgenommen werden, als in der Art, daß man die auf Grund des alten Strafgesetzbuches gefundene Strafe derjenigen Strafe gegenüberhält, auf welche man bei ausschließlicher Anwendung des Nordd. Strafgesetzbuches gekommen sein würde. „Es ist dies schon nach §. 2 des Nordd. Strafgesetzbuches als etwas durchaus Selbstverständliches anzusehen, noch unzweideutiger aber in §. 44 der (Kgl. Sächs.) Ausführungsverordnung vom 10. Dezember 1870 ausgesprochen, indem daselbst mit ganz bestimmten Worten darauf hingewiesen worden ist, wie bei Beantwortung der Frage, welches das mildeste Gesetz

sei, „die Strafe, welche nach den bis zum 1. Januar 1871 gültig gewesenen Gesetzen den Verbrecher nach den im vorliegenden Falle vorhandenen besonderen Umständen, in ihrem Zusammenhange genommen, getroffen haben würde, mit derjenigen Strafe zu vergleichen sei, welche ihn nach den Vorschriften des norddeutschen Strafgesetzbuches, diese Vorschriften in ihrem Zusammenhange genommen, treffen würde". Es kommt daher bei dieser Vergleichung nicht in Frage, ob das eine oder das andere Gesetz eine im Höchst- oder Niedrigstbetrage längere oder kürzere Strafdauer, beziehentlich alternativ eine härtere oder mildere Strafart androhe (Strafe in thesi), vielmehr sollen die Vergleichungsobjekte diejenigen Strafen bilden, die den Verbrecher in dem gerade vorliegenden Falle und zwar unter Berücksichtigung aller in dem konkreten Falle vorliegenden Umstände (insbesondere auch der etwaigen Konkurrenz, Rückfälligkeit u. s. w.) treffen, d. h. mithin wider ihn im gerade vorliegenden Falle zu erkennen sein würden (Strafe in hypothesi). Insonderheit geht hieraus zugleich hervor, daß es durchaus unzulässig ist, die wider einen Angeschuldigten zu erkennende Strafe theils auf das neue, theils auf das alte Recht zu stützen; die erkannte Strafe muß vielmehr ausschließlich entweder aus dem einen oder aus dem andern Strafgesetzbuche entlehnt sein; nur für die Fälle, deren die §§. 48, 49, 53, 54 der Ausführungsverordnung gedenken, ist ein Verfahren statuirt, in welchem man allenfalls eine Modifikation dieses Satzes zu erblicken vermag. . Ja, es sind diese Grundsätze so schlechterdings maßgebend, daß sie selbst dann zur Anwendung gelangen müssen, dafern ein Fall vorliegen würde, in welchem theils a) vor dem 1. Januar 1871, theils b) nach diesem Zeitpunkte begangene Delikte gleichzeitig abzuurtheilen wären; solchenfalls würde sich nur das ändern, daß gewissermaßen drei Strafkörper konstruirt werden müssen; man hätte dann nämlich zunächst aa) die Gesammtstrafe, welche für sämmtliche Delikte sub a und b bei Zugrundelegung des nordd. Strafgesetzbuches ausfallen würde, sodann bb) diejenige Strafe, auf welche wegen der sub b gedachten Delikte allein nach dem nämlichen Strafgesetzbuche zuzukommen wäre, und zuletzt cc) diejenige Strafe zu suchen, welche den Angeschuldigten, dafern man ausschließlich die Delikte sub a abzuurtheilen hätte, und dem Rev. Strafgesetzbuche unterstellte, getroffen haben würde; nachdem aber solches geschehen, bliebe nur noch die Prüfung dessen übrig, wie sich die Schwere der sub aa gefundenen einheitlichen Gesammtstrafe der Schwere des Strafübels gegenüber verhalte, welches in der neben einander hergehenden Verbüßung der beiden Strafen sub bb) und cc) liegen würde.[1]) Es ist mithin auch in diesen komplizirten Fällen die Anwendung des neueren und älteren Rechts bei Bildung der einzelnen Strafkörper schlechterdings nicht zu vermengen, vielmehr jede Gruppe und zwar unter Berücksichtigung aller auf sie bezüglichen besonderen Umstände als ein abgeschlossenes Ganzes zu beurtheilen; nur das kann hier vorkommen daß zwei Strafen, deren eine ausschließlich nach altem und deren andere ausschließlich nach neuem Rechte gebildet wurde, neben einander vollstreckt werden müssen; letzteres geschieht dann nur deshalb,

---

[1]) Vgl. Schwarze's Gerichtszeitung XIV S. 357.

weil selbst in deren kombinirter Vollstreckung ein geringeres Strafübel erblickt werden muß, als in der Verbüßung einer durchgängig auf das neue Recht gestützten einheitlichen Gesammtstrafe liegen würde." (Kgl. sächs. Ob.-Appell.-Gericht 17. März 71. S.G. 15 S. 113.).

Strafgesetzbuch. §. 2.

Antragsdelikte.

11. Angeklagter war im Jahre 1870 wegen Vornahme unzüchtiger Handlungen mit einem Kinde unter 14 Jahren in Anklagestand versetzt, in der schwurger. Verh. vom 14. Jan. 1871 zwar von den Geschworenen schuldig erklärt, jedoch freigesprochen, weil der Vater des Kindes zwar im Sept. 1870 den Strafantrag gestellt, denselben jedoch noch vor Erhebung der förmlichen Anklage zurückgenommen habe. Die Nichtigkeitsbeschwerde des Staats-Anwaltes ist für begründet erachtet: „Die Entscheidung beruht auf einer unrichtigen Anschauung über die Bedeutung des §. 2 des deutschen Strafgesetzbuchs. Die beiden Absätze dieses §. stehen in der engsten Verbindung, indem der erste eine allgemeine Regel, der zweite lediglich eine Ausnahme von derselben darstellt. Der erste Absatz enthält das Verbot der rückwirkenden Kraft der Strafgesetze und spricht den Satz aus, daß auf eine strafbare Handlung nur diejenigen Strafbestimmungen zur Anwendung kommen sollen, welche zur Zeit der Begehung derselben in rechtlicher Wirksamkeit waren. Diese Vorschrift gehört lediglich dem materiellen Strafrecht an, und bezieht sich nur auf die Strafandrohung selbst, und die Bedingungen des Eintretens derselben, d. h. den Thatbestand der Handlung, welche als strafbar bezeichnet wird. Von dieser Regel, und nur von derselben ist in dem zweiten Absatze eine Ausnahme dahin statuirt, daß bei einem Wechsel der Strafgesetzgebung das mildeste Gesetz, auch wenn es zur Zeit der That noch nicht vorhanden gewesen, zur Anwendung kommen solle. Wenn nun eine jede Ausnahmebestimmung schon an sich ihre natürliche Beschränkung darin findet, daß sie über das Rechtsgebiet, für welches die Regel Geltung hat, nicht ausgedehnt werden darf, so kann dieses in dem vorliegenden Falle mit Rücksicht auf die Verbindung, in welche die beiden Absätze des §. 2 zu einander gebracht sind und auf die Wortfassung um so weniger einem Bedenken unterliegen. Bezieht sich hiernach der Abs. 2 des §. 2 des deutschen Strafgesetzbuchs lediglich auf das materielle Strafrecht, so kann die Bestimmung desselben für diejenigen Fälle, in welchen durch die neuere Gesetzgebung ein bisher von Amtswegen zu verfolgendes Vergehen in ein sogenanntes Antragsvergehen umgewandelt ist, von keiner Bedeutung sein. Die Vorschrift, daß eine bestimmte Handlung nur in Folge Antrags verfolgt werden könne, enthält keine an eine Bedingung geknüpfte Strafandrohung der Art, daß mit Wegfall der Bedingung auch die Strafbarkeit an sich in Wegfall komme; die Handlung an sich bleibt eine strafbare. Der Thatbestand derselben wird durch das Requisit eines Strafantrages nicht berührt; nur ist das sonst unbeschränkte Recht der Staats-Anwaltschaft, alle strafbaren Handlungen von Amtswegen zu verfolgen, für einzelne Fälle beschränkt und die Befugniß des Einschreitens derselben an das Verlangen der verletzten Personen geknüpft worden. So wenig das vorerwähnte Recht der Staats-Anwaltschaft dem materiellen Strafrecht

angehört, ebensowenig ist solches bezüglich der Beschränkung dieses Rechts durch das Erforderniß eines Antrages der Fall. Beides gehört vielmehr lediglich in das Gebiet der prozessualischen Vorschriften, welche, wie oben ausgeführt ist, von der Bestimmung des §. 2 Abs. 2 des deutschen Strafgesetzbuchs nicht berührt werden. Daß übrigens das Strafgesetzbuch auch von dieser Anschauung ausgegangen ist, ergiebt sich daraus, daß sowohl in der allgemeinen Bestimmung des §. 61, wie in dem §. 176 und bei sämmtlichen übrigen Spezialvorschriften über Antragsvergehen (vgl. §§. 102, 104, 123, 170, 172, 177, 179, 182, 189, 194—196, 232, 236, 237, 240, 241, 247, 263, 288, 289, 292, 299, 300—303, 370, Nr. 4—6) überall der Ausdruck gewählt ist, daß eine Verfolgung nur auf Antrag eintreten soll. Aus dieser nur prozessualischen Bedeutung des Antrages folgt dann aber von selbst, daß darnach diejenige Verfolgung nicht bemessen werden könne, welche bereits unter dem älteren Gesetze in damals formell zulässiger Weise eingeleitet, und, wie im vorliegenden Falle, bis über die definitive Versetzung in den Anklagestand hinaus gegen den Angeklagten durchgeführt ist. Die Zurücknahme des ursprünglich gestellten Antrages, welche damals als sie erfolgt, eine rechtlich indifferente Handlung war, kann durch den Wechsel der Gesetzgebung, bezüglich der formellen Vorbedingung allein eine ihr bis dahin nicht beiwohnende rechtliche Bedeutung nicht erlangen." (Preuß. Ob.-Trib. 27. Apr. 71. O.R. 12 S. 239.)

12. „Der §. 2 des Strafgesetzbuchs hat die Rückbeziehung des neuen Gesetzes, sofern es das mildere, nur für die Aburtheilung der verbrecherischen Handlung vorgeschrieben, also für die Unterstellung unter die dabei maßgebenden Bestimmungen des materiellen Strafrechts. Für die vereinzelt im Bundes-Strafgesetzbuche vorkommenden, das Strafverfahren angehenden Vorschriften fehlt es an besonderen Uebergangsbestimmungen, und muß es daher bei der aus §. 1 des Einführungsgesetzes vom 31. Mai 1870 folgenden Regel bewenden, daß dieselben normgebend sind für die in die Zeit seit dem 1. Januar 1871 fallenden Abschnitte des Verfahrens. Frühere Theile des Verfahrens sind, was deren Rechtsgültigkeit betrifft, ausschließlich nach denjenigen Gesetzen zu beurtheilen, welche zur Zeit der Vornahme derselben in Geltung waren.

Da nun die Anklageschrift des Ober-Staatsanwalts bereits am 6. August 1870 beim Kreisgerichts-Direktor eingereicht, auch schon in der ersten Schwurgerichtssitzung am 7. Oktober 1870 zur Verlesung gekommen war, und der §. 144 des derzeit in Geltung befindlichen Preuß. Strafgesetzbuchs so wenig, als die im §. 488 auf das Strafgesetzbuch verweisende Straf-Prozeß-Ordnung zur Verfolgung des in Frage stehenden Verbrechens einen Antrag der Verletzten, beziehungsweise ihrer Vertreter erforderten, so ist die Einleitung der Untersuchung wider den Angeklagten auch nach dem Inkrafttreten des Bundes-Strafgesetzbuches als rechtsgültig vollendete Thatsache zu betrachten, und nach diesem Abschnitte des Verfahrens verstattet die Schlußbestimmung im §. 176 des Bundes-Strafgesetzbuches der Verletzten, beziehungsweise deren Vertreter, keinen Einfluß mehr auf den weiteren Verfolg der Sache." (Preuß. Ob.-App.-Ger. 15. März 1871. O.R. 12 S. 157. J.-M.-Bl. 1871 S. 90. G.A. 19 S. 261.)

Vergl. auch Erk. d. preuß. Ob.-Trib. vom 24. März 71 (O.R. 12. S. 180. G.A. 19 S. 263 u. 314 u. J.-M.-Bl. 1871 S. 97) u. v. 30. Juni 71 (O.R. 12 S. 350).

13. „Nach §. 288 des Strafgesetzbuchs tritt die Strafverfolgung nur auf Antrag des Gläubigers ein.

Die Frage, ob diese Vorschrift auch für solche Antragsverbrechen ꝛc. Anwendung finde, welche unter der Geltung des früheren Rechts begangen sind, deren Aburtelung dagegen erst nach dem 1. Januar d. J. erfolgt, ist controvers. Indessen muß die bejahende Ansicht für die richtigere geachtet werden. Durch den Antrag ist zwar lediglich die Strafverfolgung bedingt; es liegt hier mithin keine das materielle Strafrecht bezielende Vorschrift, sondern wesentlich eine prozessualische, das Verfahren angehende Bestimmung vor. Indessen der §. 2 des Strafgesetzbuchs will gegebenen Falls „das mildeste Gesetz" angewendet wissen; es ist nicht gesagt: das mildeste Strafgesetz oder die mildeste Strafe, sondern generell das mildeste Gesetz; es erhellt jedoch, daß das mildeste Gesetz dasjenige ist, welches nicht absolut, sondern nur unter einer — dem Strafgesetze einverleibten, wenngleich prozessualischen — Bedingung und Voraussetzung die Strafverfolgung statuirt und zuläßt." (Ob.-App.-G. zu Rostock, G.A. 19 S. 606.)

14. Zwar gestattet das Strafgesetzbuch nach Ausweis der Vorschriften der §§. 64, 194 daselbst insbesondere bei Ehrverletzungen die Zurücknahme des auf Strafverfolgung gestellten Antrages bis zur Verkündigung eines auf Strafe lautenden Urtheils mit der Wirkung, daß die rechtzeitig erfolgte Zurücknahme des Antrages die Einstellung des Verfahrens zur Folge hat. Aber die Wirkung des Einflusses, welchen der Verletzte mittelst seiner Erklärungen auf den Fortgang der Untersuchung zu äußern berechtigt ist, ist lediglich nach denjenigen Vorschriften zu beurtheilen, welche zur Zeit der Eröffnung der Untersuchung in Kraft standen, und der von dem Beleidigten abgegebenen verzichtenden Erklärung, zu welcher er zur Zeit der Eröffnung der Untersuchung nicht berechtigt war, kann daher schon aus diesem Grunde eine gleiche Wirkung mit der nach §§. 64, 194 des Strafgesetzbuchs zulässigen Zurücknahme des Strafantrages nicht beigelegt werden. Die Zulässigkeit der Zurücknahme des Strafantrages setzt vielmehr einen solchen von dem Verletzten gestellten Antrag als nothwendig voraus, welchen er den bestehenden Vorschriften nach mit Erfolg zu stellen berechtigt war. (Preuß. Ob.-Trib. 14. Sept. 71. O.R. 12 S. 452). Vergl. auch Erk. d. preuß. Ob.-Trib. vom 17. Juni 71 (O.R. 12 S. 332).

Strafgesetzbuch. §§. 2. 157.

Anwendung des §. 157, Al. 1, auf das Zeugniß über eine That, welche zur Zeit der Vernehmung ein „Vergehen" war, jetzt nur „Uebertretung" ist.

15. Angeklagte hat geständlich in einer Untersuchung wegen Kuppelei einen falschen Zeugeneid geleistet, machte jedoch geltend, daß sie sich von der Angabe der Wahrheit habe abhalten lassen, weil sie sich dadurch einer Ver-

folgung wegen Gewerbsunzucht ausgesetzt haben würde. Sie wurde aus §. 157, Absatz 1, verurtheilt. Die Nichtigkeits-Beschwerde des Staatsanwalts ist zurückgewiesen. „Die Vorschrift des §. 2 des Bundes-Strafgesetzbuchs bezieht sich gleichmäßig auf das Strafmaß, wie auf den Thatbestand der Strafthat und etwaige, auf faktischen Momenten beruhende Strafmilderungsgründe. Zur Anwendung derselben in den beiden letzteren Beziehungen ist erforderlich, daß der Thatbestand, welchen das anzuwendende mildere Gesetz vorsieht, im konkreten Falle, nach allen Richtungen hin vorhanden ist. Das Bundes-Strafgesetzbuch ist nun bezüglich des Meineides in doppelter Beziehung milder als das preuß. Strafgesetzbuch, indem es einmal das Strafminimum ermäßigt, dann aber in §. 157, unter Voraussetzung bestimmter faktischer Momente, noch eine weitere Strafermäßigung angeordnet hat. Bei der Prüfung, ob diese weitere Ermäßigung Platz greifen kann, ist also in Frage zu ziehen: inwiefern der im §. 157 vorausgesetzte Thatbestand vorhanden ist. Die gedachte Vorschrift setzt voraus: daß die Angabe der Wahrheit, gegen den meineidigen Zeugen die Verfolgung wegen eines Verbrechens oder Vergehens nach sich ziehen könnte. Es ist nun thatsächlich festgestellt: daß die Aussage der Wahrheit gegen die Angeklagte eine Verfolgung wegen gewerbsmäßiger Unzucht nach sich ziehen konnte. Diese stellte nach §. 146 des Preuß. Strafgesetzbuchs zur Zeit der Ableistung des Zeugeneides ein Vergehen dar, und es ist mithin der Thatbestand des §. 157 Bundes-Strafgesetzbuchs vorhanden. Daß nach den Bestimmungen des Bundes-Strafgesetzbuchs die gewerbsmäßige Unzucht fortan nicht mehr als Vergehen, sondern als Uebertretung betrachtet wird, kann hier nicht von entscheidender Bedeutung sein. Der Thatbestand des §. 157 ist dadurch bedingt, aber auch damit abgeschlossen, daß eine wahrheitsgemäße Aussage Thatsachen enthalten haben würde, welche eine Verfolgung wegen Vergehen bedingen konnten und zwar zur Zeit der Ablegung des falschen Zeugnisses. Dieser, durch die in ihrem ganzen Umfange aufzufassende Strafthat, festgestellte Thatbestand kann dadurch nicht alterirt werden, daß ein Wechsel der Gesetzgebung dieselben Thatsachen unter eine andere Kategorie der strafbaren Handlungen subsumirt. Vielmehr liegt die Frage nach den Folgen dieser Thatsachen außerhalb dieses Thatbestandes. Deshalb ist auch die Bezugnahme der NB. auf den Grundsatz: „daß die Bestimmungen des älteren und neuen Rechtes nicht gleichzeitig zur Anwendung gelangen dürften," hier nicht zutreffend, da eine solche Vermischung im gegebenen Falle nicht stattfindet, vielmehr lediglich die Vorschriften des neuen Gesetzes auf die festgestellten Thatsachen angewendet werden, zu diesen Thatsachen gehört aber der Umstand, daß die Zeugin durch Angabe der Wahrheit sich einer Verfolgung wegen Vergehens aussetzte. Wenn nun noch ferner geltend gemacht wird, daß falls das mildere neue Gesetz Anwendung finden solle, die ganze Strafthat so anzusehen sei, als wenn sie unter der Herrschaft dieses Gesetzes begangen wäre, so ist dies nur insoweit richtig, als der von dem neuen Gesetz erforderte Thatbestand vorhanden sein muß, und als die allgemeinen rechtlichen Grundsätze desselben zur Geltung kommen müssen." (Preuß. Ob.-Trib. 15. Apr. 71. O.R. 12. S. 210. G.A. 19. S. 609.)

Strafgesetzbuch. §. 19.

Umwandlung von Gefängniß in Zuchthaus nach nicht vollen Monaten.

16. Die Bestimmung des §. 19, Absatz 2, des Strafgesetzbuchs
daß die Dauer einer Zuchthausstrafe nur nach vollen Monaten bemessen werden darf,

findet in allen Fällen, in welchen eine Gefängnißstrafe in Zuchthausstrafe umzuwandeln ist, keine Anwendung. (Preuß. Ob.-Trib. 22. Jan. 1872 c/a. Doebell.)*)

Strafgesetzbuch. §. 43.

Versuch. Untaugliches Mittel.

17. Angeklagte hat der Frau R. in die Tasche ihres Kleides gegriffen, um ein Portemonnaie, welches die R. in der Tasche gehabt, aber kurz vorher herausgenommen hatte, zu stehlen. Das Appellations-Urtel, durch welches die Angekl. von der Anklage des versuchten Diebstahls freigesprochen worden war, ist vernichtet.

„Die Strafbarkeit des Versuchs beruht darauf, daß die an sich straflose äußere That als die Bethätigung des auf eine Strafthat gerichteten Willens, und zwar als die unvollkommene Erscheinung dieses Willens, ihre wahre Bedeutung durch ihre Zurückbeziehung auf diesen Willen erlangt. Die Handlung, welche diesen Willen bethätigt, muß den Anfang der Ausführung der That enthalten; sie muß aber auch in dem individuellen Falle untauglich gewesen sein, zur Vollendung der That zu führen, da sonst nicht der Versuch, sondern Vollendung eingetreten wäre. Ob eine absolut untaugliche Handlung niemals zur Bethätigung des Willens ausreicht, auch dann nicht, wenn der Thäter sie für geeignet hält, um den Naturgesetzen zufolge die beabsichtigte äußere Wirkung hervorzubringen, kann auf sich beruhen; eine relativ untaugliche Handlung ist zu dieser Bethätigung nicht blos geeignet, sondern erforderlich. Denn eine solche ist diejenige Handlung, welcher im konkreten Falle eine — von Anfang an vorhanden gewesene oder während der Handlung eingetretene — Thatsache die Eigenschaft der Tauglichkeit entzieht, wodurch die beabsichtigte verbrecherische Handlung verhindert, d. h. zur relativ unmöglichen, unausführbaren gemacht wird. Es hat nun der erste Richter im Hinblick auf §. 43 des Strafgesetzbuchs gegen die Angeklagte festgestellt,

1) den Entschluß, fremde, bewegliche Sachen der Frau Reichel in der Absicht rechtswidriger Zueignung wegzunehmen, und zwar ein Portemonnaie mit Geld, wie die Gründe ergeben,
2) die Bethätigung dieses Entschlusses durch
3) Handlungen, welche einen Anfang der Ausführung des Diebstahls enthalten; diese Handlungen bestehen in dem Hineinfassen in die Kleidertasche der Frau Reichel.

*) Die Gründe dieser Entscheidung der vereinigten Abtheilungen des Sen. f. Str. S. des Ob.-Trib., durch welche d. Beschl. v. 24. Febr. 71 (O. R. 12 S. 109 G. A. 19 S. 266) u. v. 2. Juni 71 (O. R. 12 S. 300 G. A. 19 S. 607) beseitigt sind, werden im nächsten Hefte mitgetheilt werden.

Der Appell.-Richter legt darauf Gewicht, daß hierneben das Nichtvorhandensein einer beweglichen Sache in der Kleidertasche festgestellt ist, leitet hieraus ab, daß die Ausführung eines Diebstahls in der Kleidertasche objektiv unmöglich, und folgert weiter, daß ein Anfang dieser Ausführung daher nicht vorhanden gewesen sei. Dieser Schluß ist nicht zutreffend. Wäre thatsächlich festgestellt, daß die Angeklagte nur in der Kleidertasche habe stehlen wollen, so ließe sich die Prüfung nicht abweisen, ob etwa der Appell.-Richter den Griff in die leere Tasche für ein absolut untaugliches Mittel erachtet hat, den Inhalt der Tasche zu stehlen; es ist aber nach der Feststellung der Entschluß der Angeklagten ein nicht so begrenzter gewesen; sie hat der Frau Reichel — ohne Einschränkung auf einen bestimmten Verwahrungsort — bewegliche Sachen, namentlich das Portemonnaie mit Geld, zu stehlen beabsichtigt. Daß die Ausführung dieser Absicht unmöglich, daß es unmöglich gewesen ist, der Frau Reichel, die ja — nach der Annahme der Thatrichter — verschiedene Sachen, darunter auch ein Portemonnaie mit Geld, bei sich führte, diese Gegenstände zu stehlen, das hat der Appellations-Richter nicht festgestellt, sondern nur festgestellt, daß der Griff der Angeklagten in die Kleidertasche ein (relativ) untaugliches Mittel zu diesem Diebstahl nur deshalb war, weil die Tasche geleert, namentlich das Portemonnaie kurz vorher von der Eigenthümerin an einen andern Aufbewahrungsort geschafft war. Diese Räumung der Tasche aber war das der Vollendung des Verbrechens auf dem von der Angeklagten gewählten Wege entgegentretende Hinderniß; es machte die Entwendung durch den Griff in die Tasche objektiv unmöglich, unausführbar. Der Appellations-Richter verkennt die Rechtsgrundsätze in Betreff des Versuchs, wenn er gegenüber dieser Sachlage allgemein ausspricht, von dem Anfange der Ausführung der That könne nur da die Rede sein, wo diese Ausführung an sich objektiv möglich ist. (Preuß. Ob.-Trib. 15. Nov. 71. G.A. 19 S. 800.)

18. „Nach den thatsächlichen Annahmen des ersten Richters, welche der zweite beibehalten hat, fehlte dem Lehrherrn des Angeklagten der Schlüssel zu seiner Ladenkasse. Nach längerer Zeit bemerkte die Ehefrau des Sohnes des gedachten Lehrherrn, daß in ihrer, der Kammer des Angeklagten gegenüberliegenden Stube, in einer in letzterer stehenden Kommode, in welcher ihr Ehemann sein Geld, im Betrage von etwa 300 Thalern, verwahrte, ein falscher Schlüssel steckte, der so stark verbogen war, daß er nur mit vieler Mühe herausgezogen werden konnte. Die verehelichte Backhaus theilte den Vorfall ihrem Ehemanne mit, und es ermittelte sich, daß der im Schlosse steckende Schlüssel der früher verloren gegangene, zur Ladenkasse gehörige war. Die Thäterschaft des Angeklagten ergab sich demnächst, und es wurde in dem ersten Urtheil unter Anderem ausgeführt, daß keine Veranlassung vorliege, anzunehmen, der Angeklagte habe sich etwa eines zur Erreichung des Zweckes ganz untauglichen Mittels bedient.

In seiner Appellationsschrift behauptete der Vater des jetzigen Imploranten, der in Rede stehende Schlüssel sei völlig untauglich gewesen, das qu. Schloß zu eröffnen, wie der Schlossermeister Trollier begutachten werde. Sein Sohn sei später freiwillig von dem Unternehmen abgestanden. Der Appellationsrichter hat jedoch den Beweisantrag verworfen, indem er erwog:

„Gerade die Untauglichkeit des Schlüssels sei dasjenige Hinderniß, welches der vollständigen Ausführung der von dem Angeklagten gewollten That entgegen getreten. Wäre Tauglichkeit vorhanden gewesen, so konnte der Angeklagte mit Recht die Freiwilligkeit des Rücktritts geltend machen. Daß aber ein Schlüssel, der in ein Schloß hineingehe, ein an sich geeignetes, wenngleich im Einzelfalle unwirksames Schließwerkzeug für dieses Schloß sei, das bleibe bestehen, möge das Gutachten des namhaft gemachten Sachverständigen ausfallen, wie es wolle; die Anwendung eines solchen Schlüssels enthalte den Anfang der Ausführung der That, der Gebrauch eines solchen Schlüssels sei nicht ein an sich zweckwidriges Mittel."

In dieser Begründung findet die Nichtigkeitsbeschwerde die unzulässige Beschränkung der Vertheidigung und zugleich die Verletzung des Rechtsgrundsatzes, daß der bloße Gebrauch eines zur Erreichung des strafbaren Zweckes unmöglich führen könnenden Mittels einen Versuch nicht enthalte, sowie die Verletzung des Strafgesetzes selbst, insofern schon in dem bloßen Gebrauche eines im vorliegenden Falle ganz untauglichen Mittels ein Anfang der Ausführung erblickt werde. Hätte der Sachverständige bekundet, daß es mit diesem Schlüssel ohne Zuhülfenahme anderer Instrumente geradezu unmöglich gewesen wäre, das Kommodenschloß zu öffnen, wie mit einer nicht geladenen Flinte einen Menschen todt zu schießen, so wäre eben eine absolute Unmöglichkeit festgestellt worden. Die blos irrige Hoffnung des Thäters, mit einem Mittel sein Ziel zu erreichen, das unmöglich dazu führen könne, reiche zu einem Versuche nicht aus. Unter relativer Untauglichkeit könne immer nur eine Untauglichkeit verstanden werden, neben welcher eine Möglichkeit, mit diesem Mittel das Ziel zu erreichen, auch im konkreten Falle bestehe, und erst später verloren gehe, oder verfehlt werde durch Umstände, welche außerhalb der freien Selbstbestimmung liegen.

Sei die Behauptung des Angeklagten wahr, daß der in Rede stehende Schlüssel dergestalt untauglich gewesen, daß selbst der stärkste Mensch, der geübteste Schlosser, die Oeffnung des Schlosses blos mit diesem Schlüssel, ohne Aenderung desselben und ohne Mitgebrauch anderer Instrumente, überhaupt gar nicht bewirken konnte, so liege eben die Untauglichkeit des Mittels vor.

Es mußte jedoch die Nichtigkeitsbeschwerde verworfen werden.

Im vorliegenden Falle hat der Appellationsrichter rechtlich nicht geirrt, wenn er den Entlastungsbeweis für unerheblich erklärt hat. Jedenfalls kann von einem untauglichen Mittel dann niemals die Rede sein, wenn dasselbe seiner natürlichen Beschaffenheit nach geeignet war, um dem gewöhnlichen Verlaufe der Dinge nach die beabsichtigte strafbare äußere Wirkung hervorzubringen.

Ob dann die letztere nicht realisirt wird, ist selbst dann gleichgültig, wenn der Thäter sich in der Stärke und der Tragweite des gewählten Mittels getäuscht sehen sollte; es kommt nur darauf an, ob er nach den in jedem gegebenen Falle geltenden Naturgesetzen annehmen konnte, den gewollten Erfolg möglich machen zu können, oder, wie dies anderweitig ausgedrückt worden ist, ob im konkreten Falle die Thätigkeit tauglich war, um das volle Wesen einer bestimmten verbrecherischen Absicht erkennbar zu machen. Dies

ist jedoch wesentlich Aufgabe der thatsächlichen Feststellung für jeden einzelnen Fall.

In der gegenwärtigen Sache hat aber der Appellationsrichter unzweifelhaft rechtlich nicht geirrt, wenn er angenommen hat, daß der von dem Angeklagten gebrauchte falsche Schlüssel ein an sich geeignetes Mittel um deshalb gewesen, weil er in das Schloß der bezüglichen Kommode hineingegangen. Denn ein solcher Schlüssel giebt von vornherein die in seinem Wesen liegende berechtigende Erwartung, daß er das Aufschließen des Schlosses bewerkstelligen werde. Tritt dies, wie hier, bei dem Gebrauche nicht ein, bleibt vielmehr der Schlüssel im Schlosse unbeweglich stecken, dann ist die gehegte Hoffnung allerdings nicht verwirklicht, der Thäter getäuscht worden, allein sein strafbarer Wille ist dadurch äußerlich erkennbar geworden, und es kann von einem untauglichen Mittel um so weniger die Rede sein, als es im Wesen einer jeden Versuchshandlung liegt, daß eine Täuschung in Betreff der Wirksamkeit des angewandten Mittels obwaltend gewesen, welche durch äußere, von dem Willen des Thäters unabhängige Umstände verursacht worden. Alles, was die Nichtigkeitsbeschwerde gegen die Begründung des angefochtenen Erkenntnisses ausführt, bewegt sich auf einem, dem gegenwärtigen, fremden Gebiete, und die geltend gemachten Beispiele erledigen die in dem vorliegenden Falle zu lösende Frage nicht, müssen daher auch auf sich beruhen bleiben." (Preuß. Ob.-Trib. 27. Jan. 71. O.R. 12 S. 57. G.A. 19. S. 190.)

Strafgesetzbuch. §. 46, Nr. 2.

Begriff der „Entdeckung".

19. „Augenscheinlich darf unter der „Entdeckung", von welcher der §. 46 Nr. 2 des Strafgesetzbuchs spricht, nicht jederzeit eine Ausmittelung von Thatsachen verstanden werden, welche so weit gediehen ist, um schon eine Verurtheilung der Thäter zu begründen, sondern es kann unter Umständen schon der Verdacht einer vorgefallenen strafbaren Handlung genügen, der die Ergreifung von Maßregeln zu deren vollständigen Feststellung rechtfertigt. Wie stark dann aber ein solcher Verdacht sein müsse, und in welchem Stadium der angestellten Nachforschungen die That für „entdeckt" anzusehen sei, läßt sich selbstverständlich nach rechtlichen Grundsätzen nicht beurtheilen, und fällt somit in das Gebiet der Thatfragen." (Preuß. Ob.-Trib. 31. März. 71. O.R. 12 S. 190.)

Strafgesetzbuch. §. 47.

Gemeinschaftliche Ausführungen.

20a. „Haben Mehrere ein Delikt gemeinschaftlich beschlossen und sodann zu der erfolgten Verwirklichung dieses Beschlusses durch irgend eine Thätigkeit mitgewirkt, so ist bezüglich Aller gemeinschaftliche Ausführung im Sinne von §. 47 des Bundes-Strafgesetzbuchs anzunehmen, ohne daß auf die Beschaffenheit ihrer Thätigkeit und deren Bedeutung für den Erfolg etwas ankommt. Insbesondere macht es keinen Unterschied, ob die hierbei in Frage kommenden Handlungen als unentbehrlich zur Herstellung des Thatbestandes

des Delikts sich darstellen oder nicht; vielmehr ist lediglich entscheidend, ob die betreffenden Thätigkeitsakte der gemeinsamen Absicht entsprungen waren.

Vergl. Schwarze, Commentar zum Strafgesetzbuche für das deutsche Reich S. 173 flg. und die ebendaselbst S. 166 flg. 171 abgedruckten Stellen aus den Motiven.

Oppenhoff, Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund S. 101 flg., Note 8 und 9.

Rüdorff, Bundes-Strafgesetzbuch S. 171, Note 1.

Daß übrigens im vorliegenden Falle die von den Angeklagten A., A., B., P., L. und M. bewirkten Geldzahlungen und die von dem zuerst genannten Angeschuldigten außerdem noch vorgenommenen Handlungen zu derjenigen Gesammtthätigkeit der Theilnehmer am Verbrechen des Falschmünzens mit gehörten, durch welche dieses Verbrechen zu Stande gekommen ist, dies beruht nach den faktischen Feststellungen der vorigen Instanz in rechtlicher Gewißheit. Denn es ist festgestellt, daß durch jene Geldzahlungen und sonstigen Handlungen zur Ausführung des gefaßten verbrecherischen Beschlusses mitgewirkt worden ist." (Kgl. Sächs. Ob.-App.-G. 7. Aug. 71. S.G. 15. S. 248.)

20 b. „Um die verbrecherische Theilnahme des Angeklagten S. unter §. 47 des Nordd. Strafgesetzbuchs subsumiren zu können, hätte es der Constatirung dessen bedurft, daß er den Diebstahl mit dem A. „gemeinschaftlich ausgeführt" habe. An diesem Begriffserfordernisse fehlt es jedoch. Indem die vorigen Urtelsverfasser nur das Zusagen von „Beihilfe" auf Seiten des S. für erwiesen angesehen, stellten sie gleichzeitig fest, daß letzterer den Dolus eines Thäters nicht besessen, die Verübung des Diebstahls nicht als eigene That gewollt, und diese vielmehr als die That A's. angesehen und unterstützt habe. Darin allein, daß S. bei der Ausführung gegenwärtig war und zu dieser in der vorbezeichneten Weise mitwirkte, liegt noch keineswegs eine Thätigkeit, welche über die eines Gehülfen hinausreichte; nur dann würde auch dieses Maß von Thätigkeit dazu genügt haben, um denselben als Mitthäter anzusehen, sobald der Beschluß A's. und S's. auf eine gemeinschaftliche d. h. von einem jeden von ihnen gewollte That gerichtet gewesen wäre. Insbesondere läßt sich auch nicht etwa sagen, daß in der dem S. zur Last gelegten Mitwirkung bei dem „Fortschaffen von Diebstahlsgegenständen" ein zu den Consummationshandlungen gehöriger Thätigkeitsakt und mithin ein Maß von Betheiligung erblickt werden müsse, welches schon an sich den Begriff der gemeinschaftlichen Ausführung decke, vielmehr muß nach den thatsächlichen Feststellungen der vorigen Instanz angenommen werden, S. habe sich bei der die Diebstahlsconsummationshandlung bildenden „Wegnahme" der Gegenstände nicht betheiligt und seinen Complicen lediglich in dem Forttragen der bereits von diesem weggenommen gewesenen Gegenstände unterstützt." (Kgl. Sächs. Ob.-App.-G. 17. Apr. 71. S.G. 15 S. 153.)

Strafgesetzbuch. §. 48.

Auftrag als Anstiftung.

21. „Anstifter ist nach §. 48 Strafgesetzbuchs Derjenige, welcher einen An-

deren zu der von demselben begangenen strafbaren Handlung vorsätzlich bestimmt hat. Bezüglich des zu diesem Zwecke angewendeten Mittels ist das Entscheidende der ursachliche Zusammenhang zwischen der Handlung des Anstifters und dem hierdurch erzeugten Entschlusse des physischen Urhebers der Strafthat. Das Gesetz nennt darum auch nur beispielsweise Geschenk, Versprechen, Drohung, Mißbrauch von Ansehen und Gewalt, sowie Irrthumserregung; und fügt noch ausdrücklich diesen „andere" Mittel bei. Daß aber zu letzteren namentlich auch Aufforderung, Ueberredung, Ertheilung eines Raths oder Auftrags gehören, sofern durch sie der Thäter zur strafbaren Handlung bestimmt wurde, kann nicht zweifelhaft sein." (Preuß. Ob.-App.-G. 14. Juni 71. O.R. 12. S. 328.)

Anstiftung beim Versuche.

22. „Die Beschwerde gründet sich auf die Behauptung, daß die Vorschrift des §. 48 des Strafgesetzbuchs in dem Falle keine Anwendung finde, wenn die Anstiftung nur zu dem Versuch einer strafbaren Handlung geführt hat, diese Behauptung ist aber nicht zutreffend. Eine Anstiftung, welche überhaupt nur dahin gerichtet war, daß der Angestiftete eine Handlung vornehmen möge, welche als Versuch einer strafbaren Handlung in Betracht kommen kann, würde allerdings dem Strafgesetz nicht unterliegen; von einer solchen ist aber im vorliegenden Falle nicht die Rede, denn nach der thatsächlichen Feststellung hat der Angekl. zu dem Vergehen selbst — dem Betruge — angestiftet. Daß aber in einem solchen Falle die Anstiftung auch dann strafbar ist, wenn der Thäter die strafbare Handlung, zu welcher er angestiftet, zwar nicht vollendet, wohl aber in einer, dem Strafgesetze unterliegenden Weise versucht hat, folgt ebenso aus dem Wortlaute als aus der Entstehungsgeschichte des §. 48 des Strafgesetzbuchs, so daß es darauf, daß in dieses Strafgesetzbuch der, auf andere Voraussetzungen sich beziehende §. 35 des Preuß. Strafgesetzbuchs nicht aufgenommen ist, nicht weiter ankommen kann. Die Bestimmung des §. 111 Abs. 1 des Strafgesetzbuchs steht dieser Auslegung des §. 48 a. a. O. nicht entgegen, sie bestätigt dieselbe vielmehr, wie sich aus der Entstehungsgeschichte des §. 111 a. a. O. ergiebt." (Preuß. Ob.-Trib. 30. Juni 71. O.-R. 12. S. 353.)

Strafgesetzbuch. §. 53.

Vermeintlich erforderliche Nothwehr.

23. Wenn der wegen vorsätzlicher Körperverletzung Angeklagte behauptet, er sei in der irrigen Meinung gewesen, daß er sich in einem Zustande der Vertheidigung befinde, welcher erforderlich sei, um einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff von sich abzuwehren, so ist zur Feststellung dieser Thatsache eine besondere Frage an die Geschworenen nicht zu stellen. (Preuß. Ob.-Trib. 29. Jan. 1872. c/a Schmidt.)*)

Strafgesetzbuch. §. 54.

Krieg als Nothstand.

24. „Ein ausgebrochener Krieg ist nicht ohne Weiteres als eine gegen-

*) Die Gründe werden im nächsten Hefte mitgetheilt werden.

wärtige Gefahr für Leib oder Leben eines auf einer Seereise begriffenen Schiffmanns anzusehen, was auch daraus erhellt, daß der Art. 437 Nr. 1 des preuß. Entwurfes eines H.-G.-B.s vom Jahre 1857 (Thl. I. S. 79) nur dem Schiffer das Recht beilegte, seine Entlassung zu fordern, wenn vor dem Beginne der Reise der Staat in einen Seekrieg verwickelt worden, und nach der Richtung der Reise Kriegsgefahr für das Schiff wahrscheinlich ward, indem die diesfälligen Motive (Thl. II. S. 242) hierzu bemerkten, daß es unbillig sei, einen Schiffer, der sich in Friedenszeiten verdungen gehabt, anzuhalten, sich Kriegsgefahren auszusetzen, daß jedoch, wenn die Reise schon angetreten worden, das Interesse des Rheders nicht mehr erlaube, dem Schiffer den Rücktritt zu gestatten, vor dem Antritt der Reise aber der Rheder durch den Rücktritt des Schiffers in keine üblere Lage versetzt werde, als wenn noch kein Heuervertrag geschlossen worden wäre; daß indeß auch diese, nur dem Schiffer vor dem Antritt der Reise bewilligte, Ausnahme bei der Berathung des H.-G.-B.s nicht zugestanden worden ist (Protok. 1959. 1960), so daß es gar keinem Zweifel unterliegt, daß an und für sich der Ausbruch eines Krieges allein, in keiner Beziehung als ein Nothstand anzusehen ist." (Preuß. Ob.-Trib. 5. Mai 1871. O.R. 12. S. 253. G.A. 19. S. 470.)

Strafgesetzbuch. §. 59.

S. unten zu §§. 222 u. 226.

Strafgesetzbuch. §. 61.

Erforderniß eines Strafantrags.

25. „Gegenstand des Anklagebeschlusses und der Anklage war eine vorsätzliche körperliche Mißhandlung nach §. 223 des Strafgesetzbuchs. Zu dieser trat der im §. 226 l. c. enthaltene erschwerende Umstand, daß in Folge jener That der Tod des Verletzten bewirkt worden sein sollte. Zur Verfolgung dieses Deliktes war ein Strafantrag nicht erforderlich, die Einleitung der Untersuchung Hinsichts des gesammten, in den §§. 223, 226 l. c. vorgesehenen Thatbestandes daher gesetzlich gerechtfertigt. Fiel nun nach dem Ergebniß der mündlichen Verhandlung durch den Ausspruch der Geschwornen blos der, in dem §. 226 l. c. erwähnte erschwerende Umstand weg, so blieb noch immer die strafbare Handlung in ihrer einfachen Gestalt nach §. 223 l. c. übrig, die auf dem gesetzlich zulässigen Wege dem erkennenden Richter mit unterbreitet, und mit der derselbe befaßt worden war. Sie verlor dadurch Nichts, daß für sie, wenn sie allein zur Eröffnung einer Untersuchung Anlaß gegeben hätte, ein Strafantrag nöthig gewesen sein würde." (Preuß. Ob.-Trib. 10. Mai 71. O.R. 12. S. 257. G.A. 19. S. 455.) Vgl. Erk. des Preuß. Ob.-Trib. v. 15. Dez. 71 in G.A. 19. S. 802.

26. Die Nothwendigkeit eines Strafantrags bei den sogenannten Antragsdelikten wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß die bezügliche Handlung zugleich ein Delikt in sich schließt, dessen eingetretene Verfolgung von der

Stellung eines Strafantrages nicht abhängig ist. (Preuß. Ob.-Trib. 22. Jan. 72. c/a. Bunde.)*)

Strafantrag des Verletzten. Stellvertreter.

27. „Die Pferde, aus deren Schweifen P. Haare abgeschnitten und sich rechtswidrig zugeeignet hat, haben dem Besitzer des Rittergutes S., in dessen Lohn der Angeklagte sich als auf dem Rittergute dienender Knecht befunden, zugehört, und es liegt sonach zweifellos ein nach §. 247 des Bundes-Strafgesetzbuchs zu beurtheilender, nur auf Antrag zu bestrafender Diebstahl vor. Es war daher in Berücksichtigung zu ziehen, daß von dem auf dem Rittergute S. angestellten Oekonomie-Inspektor ein Strafantrag gestellt worden, und die Entscheidung über die erhobene Nichtigkeitsbeschwerde von der Beantwortung der Frage abhängig zu machen, ob der genannte Inspektor dazu in der vorliegenden Sache berechtigt war. Diese Frage hat jedoch aus den von dem Staatsanwalte angegebenen Gründen und namentlich in Betracht, daß zu Stellung eines Strafantrags — vergl. §. 65 jct. §. 61 des Bundes-Strafgesetzbuchs — in der Regel nur der Verletzte und daher bei Diebstählen der in §. 247 erwähnten Art nur der durch den Diebstahl beschädigte Eigenthümer des Gestohlenen

vergl. Oppenhoff, Strafgesetze für den Norddeutschen Bund, S. 438 Nr. 8 und

Schwarze, Commentar zum Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund zu §. 247, S. 554

für berechtigt anzusehen, daß der Inspektor selbst aber auch gar nicht als Verletzter aufgetreten und den Strafantrag überhaupt nicht für seine Person, sondern im Namen des Rittergutsbesitzers v. W., als des Bestohlenen gestellt hat, ohne jedoch nachzuweisen, oder auch nur zu behaupten, daß ihm von dem Letzteren ein ausdrücklicher Auftrag zu Stellung von Strafanträgen ertheilt worden sei, daß er sich dazu vielmehr offenbar schon in seiner Eigenschaft als Oekonomie-Inspektor auf dem Rittergute S. für befugt gehalten, daß das Norddeutsche Strafgesetzbuch jedoch

vergl. Schwarze Commentar S. 252

eine derartige Stellvertretung nicht kennt, und die in das Norddeutsche Strafgesetzbuch nicht mit aufgenommenen Bestimmungen des Art. 102 des Rev. Strafgesetzbuchs keine gesetzliche Geltung mehr haben." (Kgl. Sächs. Ob.-App.-Ger. 15. Mai 71. S.-G. S. 180.)

Strafgesetzbuch. §§. 73. 74. 78.

Anstiftung zu mehreren Strafthaten durch einen und denselben Anstiftungsakt.

28. „Das Appellationserkenntniß geht von der thatsächlichen Feststellung aus,

daß die Brennereiarbeiter Badura und Fogiel am 30. Oktober 1869 in Kaltwasser eine Einmaischung der Bottige — und zwar ersterer

*) Die Gründe dieses Beschlusses der vereinigten Abtheilungen, durch welchen der Beschl. vom 29. März 71 (O.R. S. 187) beseitigt ist, werden im nächsten Hefte mitgetheilt werden.

des Nr. 1 und letzterer des Bottigs Nr. 2 —, die den Steuerbeamten nicht angezeigt war, vorgenommen haben und zwar in der Absicht der Verkürzung der Steuer, und daß der Implorat Schraner zu derselben Zeit und an demselben Orte die Angeklagten Badura und Fogiel vorsätzlich zur Begehung der That durch Befehl angereizt, verleitet und bestimmt hat.

Nach der weiteren Feststellung haben Badura und Fogiel nicht zusammen gehandelt; dagegen hat Schraner durch eine und dieselbe Handlung — den gleichzeitig an die beiden Mitangeklagten, Badura und Fogiel, ertheilten Befehl — diese Beiden zur Begehung der strafbaren Handlung veranlaßt. —

Nach der Feststellung haben sowohl Badura als Fogiel jeder besonders eine Steuerdefraudation begangen, zu jeder dieser beiden Strafthaten hat der Implorat Schraner den Thäter angestiftet; aus dem Grundsatze, der im §. 48 des Deutschen Strafgesetzbuchs Ausdruck gefunden hat, daß auf den Anstifter (den intellektuellen Urheber) dasselbe Strafgesetz, wie auf den Thäter (den physischen Urheber) anzuwenden ist, folgt die Nothwendigkeit, den Schraner so zu bestrafen, als ob er der physische Urheber der beiden Defraudationen sei.

Da nach der Feststellung zwei durch selbstständige Handlungen begangene Defraudationen vorliegen, so muß den Schraner die Summe derjenigen Geldstrafen treffen, welche Badura und Fogiel verwirkt haben (§§. 74 und 78 des Deutschen Strafgesetzbuchs).

Der Appellationsrichter gelangt nur zu einer der beiden gleich hohen Geldstrafen, indem er den Grundsatz von der Absorption der Strafe, der für die ideelle Konkurrenz zutrifft (§. 73 des Deutschen Strafgesetzbuchs), wegen der weiteren Feststellung zur Geltung bringt, daß Schraner durch eine und dieselbe Handlung beide Thäter angestiftet hat. Durch diese Feststellung wird aber die Voraussetzung der ideellen Konkurrenz nicht gegeben, d. h. eine einheitliche, strafbare, mehrere Strafgesetze verletzende Handlung.

Der Appellationsrichter bezeichnet als die einheitliche Handlung den gleichzeitig an die beiden Mitangeklagten Badura und Fogiel und zwar ungetrennt ertheilten Befehl (zur Einmaischung).

Diese Handlung war aber nicht sofort eine strafbare; sie erhielt ihre strafrechtliche Bedeutung erst durch die Wirkung, welche sie bei den angestifteten Mitangeklagten hervorbrachte, also durch deren als Effekt der Anstiftung begangene Strafthat; sie wurde im vorliegenden Falle zur Anstiftung zweier Defraudationen.

Der von dem Appellationsrichter als einheitliche Handlung aufgefaßte Befehl an die beiden Mitangeklagten war das Mittel, durch welches Schraner strafrechtlich sich zum *Theilnehmer an zwei selbstständigen, von einander getrennten Strafthaten* machte.

Indem der Appellationsrichter hiernach zu Unrecht die Theilnahme des Schraner an zwei verschiedenen Strafthaten, die von verschiedenen Thätern begangen wurden, als eine einzige strafbare Handlung mit Strafe belegte, hat er die angezogenen Vorschriften der beiden Strafgesetzbücher verletzt." (Preuß. Ob.-Trib. 13. Dez. 71. G.A. 19. S. 803.)

Strafgesetzbuch. §. 74.

Konkurrenz mehrerer im Rückfall verübter Betrügereien.

29. „Nach Demjenigen, was bezüglich der Vorbestrafungen des Angeklagten festgestellt ist, sind die sämmtlichen vorliegenden Betrugshandlungen mit Recht der besonderen Vorschrift in §. 264 des Strafgesetzbuchs dergestalt unterstellt worden, daß man materielle Konkurrenz von acht verschiedenen, je unter die Strafbestimmungen des angezogenen Paragraphen, beziehentlich in Verbindung mit §. 43 fallenden Verbrechen angenommen hat. — Das von dem Vertheidiger angeregte Bedenken, ob nicht vielmehr die, eine Straferhöhung wegen Rückfalls enthaltende Vorschrift von §. 264 des Strafgesetzbuchs auf sämmtliche Betrugshandlungen nur einmal hätte angewendet werden sollen, greift augenscheinlich auf Art. 85 des Revid. Strafgesetzbuchs zurück, entbehrt aber dem Bundes-Strafgesetzbuche gegenüber jeder Berechtigung. Dieses Gesetzbuch kennt eine Erhöhung an sich verwirkter Strafen wegen Rückfalls überhaupt nicht, sondern behandelt vielmehr gewisse Delikte, darunter in §. 264 den Betrug, wenn sie unter gewissen Voraussetzungen der Rückfälligkeit begangen worden, als eine besondere, mit völlig selbstständiger Strafe bedrohte Deliktsform, welche deshalb auch der Vorschrift in §. 74 gegenüber in jeder den Thatbestand deckenden selbstständigen Handlung als besonderes Verbrechen oder Vergehen auftritt und der gesetzlichen Ahndung zu unterliegen hat." (K. Sächs. Ob.-Appell.-G. 31. Juli 71. S.G. 15. S. 244.)

Strafgesetzbuch. §§. 89, 91.

Begriff der feindlichen Macht.

30. „Unter dem Ausdruck „feindliche Macht" ist nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauche nicht nothwendig und zunächst die Truppenmacht des Feindes begriffen. Der Ausdruck kann vielmehr ebensowohl für die letztere gebraucht werden, als er auch den im Kriege mit seiner Machtentfaltung auftretenden Staat umfaßt. Daß das Gesetz den gebrauchten Ausdruck nicht auch in letzterem Sinne gedeutet wissen wollte, ist weder daraus zu entnehmen, daß in dem zweiten Theile der Vorschrift von den „Truppen des norddeutschen Bundes ꝛc." die Rede ist, noch daraus, daß das Gesetz von „einer feindlichen Macht," nicht von „der feindlichen Macht" redet. In ersterer Hinsicht muß vielmehr angenommen werden, daß der Gesetzgeber neben der direkten Benachtheiligung der eigenen Truppen den einer feindlichen Macht vorsätzlich geleisteten Vorschub deshalb besonders hervorgehoben habe, um durch einen weiter greifenden Ausdruck gerade solche Handlungen zu treffen, welche ohne direkten Nachtheil für die diesseitige, oder direkte Förderung der feindlichen Truppenmacht, die größte Schädigung für das im Kriege befindliche Vaterland enthalten kann. Rücksichtlich des letzterwähnten Einwurfs ist nur darauf hinzuweisen, daß mit dem norddeutschen Bunde zu gleicher Zeit verschiedene Mächte im Kriege befindlich sein können. (Preuß. Ob.-Trib. 3. April 71. O.R. 12 S. 194. G.A. 19 S. 396.)

Vorsätzlichkeit. Vorschubleisten.

31. „Das Strafgesetzbuch giebt eine Definition der Vorsätzlichkeit einer Handlung ebensowenig, als das Preuß. Strafgesetzbuch rücksichtlich der Wissentlichkeit eine solche Definition zu geben für angemessen erachtet hat. Die Terminologie des Strafgesetzbuchs schließt sich, wie die nähere Vergleichung und Prüfung der betreffenden Stellen ergiebt, vollständig der sprachlichen Bedeutung der Worte „wissentlich" und „vorsätzlich" an. In Uebereinstimmung mit der letzteren handelt es sich, so oft im Strafgesetzbuch das Erforderniß der Wissentlichkeit aufgestellt ist, stets nur um die Kenntniß bereits in der Vergangenheit liegender, oder gleichzeitiger für den Thatbestand wesentlicher Umstände; so im §. 131, 148, 164, 171, 270, 275, 327, 328, 354, 355, 363, 364, 376. — Die Vorsätzlichkeit einer Handlung faßt dagegen überall, wo dieser Ausdruck gebraucht wird, ein in dem Willen des Handelnden liegendes Zukünftiges, ein solches ins Auge, was aus der Handlung als eine dem Handelnden bewußte Wirkung derselben hervorgeht. Der Wille ist auf die Handlung mit dieser Wirkung gerichtet. Sie ist eine vorsätzliche mit Rücksicht auf diesen Erfolg. In diesem Sinne braucht das Strafgesetzbuch den Ausdruck, außer im §. 89, in den §§. 90, 92, 108 Abs. 1, 120 u. s. w. Dagegen hört nach der sprachlichen, vom Strafgesetzbuche festgehaltenen Bedeutung des Ausdrucks, die einen gewissen Erfolg herbeiführende Handlung nicht auf eine vorsätzliche zu sein, weil der dem Handelnden bewußte und von ihm gewollte Erfolg nicht gerade der Zweck war, den er mit der Handlung erreichen wollte, sie für ihn vielmehr nur das Mittel zur Erreichung eines anderen Zweckes bildete. Auf das den Handelnden bewegende Motiv kann es nicht ankommen. Auch in dem letztgedachten Falle bleibt der Erfolg ein vorsätzlich herbeigeführter und als solcher zu erwartender, wenn der Handelnde nur wußte, daß der Erfolg als Wirkung der für ihn persönlich auf andere Zwecke gerichteten Handlungen eintreten werde und er sie dennoch vornahm, wenn also der strafrechtlich erhebliche Erfolg neben der Erreichung persönlicher Zwecke in seinem Willen lag. — Es unterliegt nun zunächst keinem Zweifel, daß, da der Kriegführung eines Staates direkt und indirekt und durch die verschiedenartigsten Handlungen Vorschub geleistet werden kann, es lediglich der thatsächlichen Würdigung im einzelnen Falle vorbehalten bleiben muß, ob in einer gewissen Handlungsweise ein der feindlichen Macht geleisteter Vorschub zu erkennen sei, oder nicht. Im vorliegenden Falle hat nun aber das angegriffene Urtheil einerseits im einleitenden Theile seiner Entscheidungsgründe ohne erkennbaren Rechtsirrthum festgestellt, „daß Jeder, welcher während eines Krieges einer der kriegführenden Mächte Geld gebe, ihr dadurch Vorschub leiste, indem jede, und namentlich die Kriegführung des 19. Jahrhunderts die größte finanzielle Anstrengung erfordere." Ein solches Vorschubleisten liegt nach dieser Feststellung insbesondere vor, mag die Anleihe von der kriegführenden Macht speziell zur Kriegführung, oder, wie im vorliegenden Falle, zu dringenden Unternehmungen, oder überhaupt zu welchem Zwecke sonst, aufgenommen sein, denn jedes Kräftigen der finanziellen Stärke einer kriegführenden Macht enthält ein Vorschubleisten, so daß also nach dieser Auffassung der thatsächlichen Verhältnisse

alle diejenigen, welche auf die fragliche französische Anleihe zeichneten und gewisse Prozente der gezeichneten Summe niederlegten, damit der Macht Frankreichs Vorschub leisteten. — „Es kommt nicht darauf an: ob die als Vorschubleisten inkriminirte Handlung nach der Absicht der Angeklagten für sie das Mittel zu einem anderen Zwecke sein sollte, sondern nur darauf: ob sie sich nach der Seite der feindlichen Macht hin eines, als Vorschubleisten zu bezeichnenden Erfolges ihrer Handlung bewußt waren und dieselbe dennoch gewollt haben." (Preuß. Ob.-Trib. 3. April 71. O.R. 12 S. 194. G.A. 19 S. 396.)

Versuch des Landesverraths durch Ausländer.

32. „Wenn auch der Ausländer nur unter gewissen, genau vorgezeichneten Bedingungen, sich des Verbrechens des Landesverraths schuldig machen kann, so ist er selbstverständlich doch in allen Fällen zu strafen, welche das Gesetz nach seinem klaren Inhalte trifft. Wenn nun der Grundsatz des §. 43 des Strafgesetzbuchs, wonach der übrigens den gesetzlichen Erfordernissen entsprechende Versuch eines Verbrechens auch ohne besondere Androhung bestraft werden soll, sich seinem Wortlaute nach auf alle in den betreffenden Strafgesetzbüchern als Verbrechen bezeichnete Handlungen bezieht und eine Ausnahme insbesondere rücksichtlich des durch den Ausländer verübten Landesverraths — §. 89 — nirgend gemacht ist, so ist nicht abzusehen, weshalb nicht auch der Versuch dieses Verbrechens durch den Ausländer, beim Vorhandensein der übrigen Voraussetzungen, nach Maßgabe des §. 43 ebenso bestraft werden soll, wie der Versuch des gleichen Verbrechens durch einen Inländer." (Preuß. Ob.-Trib. 3. Apr. 71. O.R. 12 S. 194. G.A. 19 S. 396.)

Begriff des „Schutzes des deutschen Reiches ꝛc."

33. „Unter dem Schutze des norddeutschen Bundes (deutschen Reichs), oder eines Bundesstaates im Sinne des §. 91 ist nicht ein besonderes, in bestimmten rechtlichen Beziehungen hervortretendes Schutzverhältniß gedacht, sondern nur der allgemeine Schutz der Gesetze verstanden, dessen sich der im Inlande sich aufhaltende Ausländer ohne Weiteres zu erfreuen hat. In der Entstehungsgeschichte des §. 70 des Preuß. Strafgesetzbuches findet sich für das Erforderniß eines solchen speziellen Schutzverhältnisses keinerlei Andeutung. Wie sich aus der Vergleichung mit dem ersten Absatze des §. ergiebt, hat der Gesetzgeber nur den Gegensatz zu denjenigen Ausländern hervorheben wollen, gegen welche wegen der in den §§. 87, 89 und 90 bezeichneten Handlungen nach dem Kriegsgebrauche verfahren werden soll. Es ist daher unter dem, im zweiten Absatze erwähnten Schutze nur derjenige allgemeine Schutz zu denken, welcher jedem Ausländer, der sich im Landesgebiete aufhält, Seitens der Staats- und Bundesgewalt so lange gewährt wird, als für denselben nicht durch feindliche Invasion die Möglichkeit und damit die Verpflichtung solchen zu gewähren aufgehoben ist. Es konnte schon mit Rücksicht auf die Möglichkeit des Eintritts eines solchen Verhältnisses, aber auch deshalb nicht genügen, den Aufenthalt im Bundesgebiete als alleiniges Erforderniß der Strafbarkeit hinzustellen, weil es eines erkennbaren Ausschlusses aller der-

jenigen Ausländer im zweiten Absatze bedurfte, welche in Folge des Krieges, namentlich als Mitglieder der feindlichen Macht, sich innerhalb des Bundesgebietes aufhalten, ohne dadurch jenes allgemeinen Schutzes theilhaftig zu werden. Auch die aus der angeblich sonst inkorrekten Fassung des §. 91 des Strafgesetzbuchs gegen diese Absicht hergeleiteten Bedenken sind nicht als zutreffend anzuerkennen. Denn es ist nicht zu bestreiten, daß auch unter dem norddeutschen Bunde, wenn sie auch nicht bestanden haben mögen, Verhältnisse entstehen konnten, wo der Aufenthalt im Bundesgebiete den Schutz eines einzelnen Bundesstaates noch nicht zur unmittelbaren Folge hatte. Die entgegengesetzte Ansicht würde übrigens nothwendig zu der Konsequenz führen, daß jeder im Inlande sich aufhaltende Ausländer, welcher sich, ohne in einem solchen besonderen Schutzverhältnisse zu stehen, einer der in den §§. 87, 89 und 90 vorgesehenen Handlungen schuldig gemacht hätte, dem Kriegsgebrauche anheimfiele, was unbedenklich die Absicht des Gesetzgebers nicht gewesen sein kann." (Preuß. Ob.-Trib. 3. Apr. 71. O.R. 12 S. 194. G.A. 19 S. 396.)

Strafgesetzbuch. §. 95.

Minimum der Festungshaft.

34. „Der §. 95 des deutschen Strafgesetzbuchs lautet zwar in seinem Schlußsatze:

„.... wird mit Gefängniß nicht unter 2 Monaten oder mit Festungshaft bis zu 5 Jahren bestraft",

und man könnte versucht werden, aus dieser nicht ganz genauen Fassung herzuleiten, daß bei Bestimmung der Dauer der Festungshaft, entsprechend dem §. 17 l. c., auf das dort zugelassene Minimum von einem Tage herabgegangen werden darf. Dies würde indeß dem anderweitig erkennbaren inneren Sinne des §. 95 l. c. entgegenlaufen. Die Prinzipalstrafe desselben ist Gefängniß und sie darf niemals geringer als 2 Monate sein. Das Gesetz läßt hierbei noch eine weitergehende Milderung zu, aber nur in der Art, daß statt des Gefängnisses die Festungshaft eintritt. Diese größere Milde bezieht sich jedoch nicht auf die Dauer der leichteren Freiheitsstrafe, was daraus erhellt, daß die sonst nach §. 17 l. c. bis auf 15 Jahre auszudehnende zeitige Festungshaft in dem §. 95 l. c. auf 5 Jahr eingeschränkt ist, mithin mit dem im §. 16 l. c. vorgeschriebenen Höchstbetrage der Gefängnißstrafe korrespondirt. Daraus folgt zugleich der mindeste Betrag der Festungshaft mit 2 Monaten; der Gesetzgeber hat nichts Anderes aussprechen wollen, als daß, je nach den obwaltenden Umständen, auf eine Gefängnißstrafe oder auf Festungshaft von 2 Monaten bis 5 Jahren erkannt werden soll.

Könnte hiergegen noch das geringste Bedenken aufkommen, so würde sich dieses durch die ähnlichen Bestimmungen der §§. 96, 97, 99, 100, 101 l. c. beseitigen, welche alle die genauere folgende Fassung haben:

„wird mit Zuchthaus — Gefängniß — oder mit Festungshaft von gleicher Dauer bestraft."

Es erhellt aus alledem die Richtigkeit der vorstehenden Ausführung, namentlich aber aus dem §. 97 l. c., nach welchem die Beleidigung eines

Mitgliedes des landesherrlichen Hauses ɔc. mit Gefängniß von wenigstens einem Monat bis zu 3 Jahren oder mit Festungshaft von gleicher Dauer bestraft wird, und es daher undenkbar ist, daß die Strafe für die Beleidigung des Landesherrn bis auf einen Tag Festungshaft heruntersinken könnte. (Preuß. Ob.-Trib. 15. Nov. 71. G.A. 19 S. 805.)

Strafgesetzbuch. §. 113.

Erforderniß der rechtmäßigen Ausübung des Dienstes im Falle des Alinea 2.

35. Festgestellt ist,

daß der Angeklagte im April 1870 zu H. den Sergeanten Höhne, ein Mitglied des Militairs (der bewaffneten Macht), thätlich angegriffen, und daß der Höhne bei diesem Angriff des Angeklagten sich in der rechtmäßigen Ausübung seines Dienstes befunden habe.

Durch Erkenntniß des Ober-Tribunals ist das Appellationsurtheil vernichtet.

„Wenn es sich um die Anwendung des ersten Absatzes des §. 113 handelt, also um den Widerstand gegen einen Beamten, so wird dabei ausdrücklich vorausgesetzt,

daß der Beamte sich in der rechtmäßigen Ausübung seines Amtes befunden habe.

Derselbe muß daher in persönlicher und sachlicher Beziehung zur Vornahme der in Rede stehenden Handlung befugt gewesen sein; fehlt es an dem einen oder dem anderen Erfordernisse, dann hat eben keine rechtmäßige Amtsausübung stattgefunden, und die Erwägungsgründe des angefochtenen Erkenntnisses übersehen gerade die, gegen den früheren §. 89 des Preußischen Strafgesetzbuchs speziell abweichende Bestimmung des §. 113, welche erst durch die Berathungen im Reichstage herbeigeführt worden ist.

Zweifelhaft kann indeß die Beurtheilung des zweiten Absatzes des §. 113 werden. Er lautet:

„Dieselbe Strafe tritt ein, wenn die Handlung gegen Personen, welche zur Unterstützung des Beamten zugezogen waren, oder gegen Mannschaften der bewaffneten Macht, oder gegen Mannschaften einer Gemeinde-, Schutz- oder Bürgerwehr in Ausübung des „Dienstes" begangen wird."

Hier fehlt der im ersten Absatze eingeschaltete Ausdruck: in „rechtmäßiger" Ausübung, und es fragt sich, ob dies ein bloßer Redaktionsfehler, oder eine absichtliche Ausnahme ist. Das Letztere läßt sich jedoch nicht annehmen. Der ganze §. 113 ist dem §. 161 des Vereinszollgesetzes vom 1. Juli 1859 (Bundes-Gesetzblatt S. 317) nachgebildet, welcher die Widersetzlichkeit gegen einen Zollbeamten bei rechtmäßiger Ausübung seines Amtes bestraft. Die Rechtmäßigkeit der Amtshandlung ist daher die prinzipielle Voraussetzung der Strafbarkeit der entgegenstehenden Handlung und beherrscht somit den ganzen Inhalt des §. 113. Derselbe lautet nach dem §. 94 des ersten Entwurfes und dem §. 111 des zweiten genau so, wie der §. 89 des Preuß. Strafgesetzbuchs, nur daß es statt der in dem letzteren enthaltenen Worte, „während der Vornahme einer Amtshandlung", in dem zweiten Entwurfe hieß: „während

einer Amtshandlung". Statt dessen verlangte der Reichstag in zweiter Lesung eine dahin gehende Fassung: „während einer innerhalb seiner Zuständigkeit vorgenommenen Amtshandlung", worauf in letzter Lesung der jetzige Text gewählt wurde (Stenogr. Ber. S. 428 ff. 1169.). Daraus erhellt unzweifelhaft der oben angegebene Sinn des ganzen §. 113, der sonst auch bei einer entgegengesetzten Auslegung einen Widerspruch des zweiten mit dem ersten Absatze enthalten würde, der dem Gesetzgeber nicht aufgebürdet werden darf. Die Voraussetzung der vorangegangenen Stelle des §. 113 ist bei der nachfolgenden stillschweigend als selbstverständlich gedacht worden, obschon es sicherer gewesen wäre, dieselbe zu wiederholen. Im Uebrigen enthalten die §§. 117 ff. bei den Widersetzlichkeiten gegen Forst- und Jagdbeamte dasselbe Prinzip, so daß jedes etwaige Bedenken schwinden muß.

Es ist demgemäß der Nichtigkeitsbeschwerde beizupflichten, daß es darauf ankam, zu ermitteln, ob der Sergeant Höhne instruktionsmäßig berechtigt war, ohne Requisition der kompetenten Civil-Polizeibehörde den zwischen Civilpersonen entstandenen Streit zu schlichten, beziehungsweise gegen dieselben einzuschreiten." (Preuß. Ob.-Trib. 17. Nov. 71. G.A. 19 S. 806.)

Rechtmäßige Ausübung des Amtes.

36. Der §. 113 des Strafgesetzbuchs gewährt seinen Schutz einem der dort bezeichneten Beamten nur insofern, als er sich in der rechtmäßigen Ausübung seines Amtes befindet. Er hat daher unbedenklich seinerseits zu prüfen, ob der ihm ertheilte Auftrag sowohl in örtlicher als in sachlicher Beziehung innerhalb der Grenzen seiner Amtsbefugnisse liegt. Hierüber hinausgehende Anordnungen seiner Vorgesetzten auszuführen, ist er nicht gehalten; dagegen steht ihm kein Recht zu, die materielle Richtigkeit seines Auftrages zu untersuchen, und aus einem derartigen Grunde die Erledigung zu verweigern. Der Appell.-Richter hat nun in dem vorliegenden Falle diese Gesichtspunkte ebenfalls im Auge gehabt. Zunächst hat er den in zweiter Instanz von den Angekl. darüber angetretenen Entlastungsbeweis, daß die Zurückbringung der unv. G. und deren Sachen zu ihrem Dienstherrn nach den näher angegebenen Umständen nicht gerechtfertigt gewesen, keineswegs übersehen, sondern um deshalb für unerheblich erklärt, weil alle angeführten Thatsachen, auch wenn sie richtig seien, und das Verfahren des Distrikts-Kommissarius die Mißbilligung der königl. Regierung erfahren habe, gleichgültig seien, indem der Distriktsamtsbote etwaige Ungesetzlichkeiten der ihm vorgesetzten Behörde nicht zu vertreten habe. Da diese Erwägung sich nur auf die materielle Gültigkeit des in Rede stehenden Auftrages bezieht, so ist nach dem Obigen der diesfälligen Ausführung des Vorderrichters kein Vorwurf zu machen." (Preuß. Ob.-Trib. 27. Sept. 71. O.R. 12 S. 469. G.A. 19 S. 809.)

Strafgesetzbuch. §. 117

„Bestellter Aufseher."

37. „Das schwurgerichtliche Erkenntniß stellt fest, daß der Angeklagte R. am 9. Juli 1871 Holz aus fremder, der Stadtgemeinde zu L. gehöriger Waldung entwendet und nach Verübung dieses Forstdiebstahls dem Forsteleven S., als einem von dem Forstbeamten bestellten Aufseher, in der rechtmäßigen Ausübung seines Amtes durch Gewalt an dessen Person Wider-

stand geleistet hat. Durch diese Feststellung wird die Anwendung von §. 117, Abs. 2 des Strafgesetzbuchs gerechtfertigt. Denn die konstatirten Thatsachen erfüllen vollständig die Begriffserfordernisse sowohl des in dem angezogenen Paragraphen aufgeführten Vergehens überhaupt, als auch des einen der im zweiten Absatze jenes Paragraphen erwähnten schwereren Fälle des fraglichen Vergehens. Insbesondere kann ein gegründeter Zweifel darüber nicht aufkommen, daß der Forsteleve S. zu denjenigen Personen gehörte, an denen nach dem Eingange des §. 117 das in letzterem behandelte Vergehen verübt werden kann. S. war, wie festgestellt ist, ein von einem Forstbeamten bestellter Aufseher. Ein solcher zählt aber zu den erwähnten Personen, da die im ersten Absatze des §. 117 enthaltenen Worte „von diesen" auf die sämmtlichen vorher aufgeführten Personen, also insbesondere auch auf die „Forst- oder Jagdbeamten" zu beziehen sind, eine Annahme, die schon durch die Satzbildung in der fraglichen Stelle des §. 117 gerechtfertigt, überdies aber durch die Erwägung befestigt wird, daß bei den Bestimmungen der §§. 117—119 des Bundes-Strafgesetzbuchs der Gesetzgeber voraussetzlich die besondere Gefahr, welcher alle zum Schutz eines Forstes oder einer Jagd berechtigten oder verpflichteten Personen bei Ausübung dieses Schutzes gleichmäßig ausgesetzt sind, im Auge gehabt hat. Ganz unerheblich ist übrigens dasjenige, was der Vertheidiger gegen die Anwendung von §. 117 einwendet. Es ist im vorigen Urtel ganz in der Allgemeinheit festgestellt, daß S. von dem Forstbeamten als Aufseher bestellt worden war, und an diese, dem §. 117 gegenüber vollkommen ausreichende Feststellung ist die gegenwärtige Instanz gebunden. Uebrigens könnte, auch wenn die vorige Instanz speziell ausgesprochen hätte, daß der Rathsförster zu L. derjenige gewesen, der den Forsteleven S. zum Aufseher bestellt habe, aus einer Zusammenhaltung dieser Thatsache mit §. 359 des Bundesstrafgesetzbuchs die Nichtanwendbarkeit von §. 117 schon deshalb nicht gefolgert werden, weil der erstgedachte Paragraph auf die im §. 117 enthaltene Erwähnung von Forst- und Jagdbeamten nicht mit zu beziehen ist." (Kgl. Sächs. Ob.-Appell.-Ger. 13. Okt. 1871. S.G. 15 S. 365.)

Strafgesetzbuch. §. 137.

Dolus.

38. Der §. 137 des Strafgesetzbuches erfordert nicht, daß Demjenigen, der die Beschlagnahme ausgebracht hat, durch die Handlungsweise des Angeklagten ein Nachtheil beigefügt worden sein müsse, sondern nur das Bewußtsein des Thäters, daß er gegen die rechtmäßig erfolgte Beschlagnahme handle, wenn er die diesfällige Sache der Verstrickung entzieht. (Preuß. Ob.-Trib. 30. Juni 71. O.R. 12 S. 360.)

Aktivforderungen als „Sachen". Entziehung.

39. „Es ist nicht zu bezweifeln, daß unter „Sachen" im Sinne des §. 272 des Preuß. Strafgesetzbuchs auch Aktivforderungen zu verstehen sind. Dieser Grundsatz muß aber auch für die Auslegung des §. 137 des Bundes-Strafgesetzbuchs gelten, weil dieser in der angegebenen Beziehung dieselbe Fassung, wie die des §. 272 l. c. beibehalten hat. Allein in einer,

wie hier festgestellten Zahlungsannahme kann eine Entziehung der mit Arrest belegten Forderung aus der Beschlagnahme nicht gefunden werden, wie sie die erwähnten Strafgesetze erfordern. Zahlung ist im Sinne des §. 28 I, 16. A. L.-R. die Erfüllung der Verbindlichkeit des Schuldners durch Geld, oder geldgleiche, auf jeden Inhaber lautende Papiere. Der §. 30 l. c. verordnet, daß nur dem Gläubiger, oder demjenigen, welchem das Recht desselben, oder dessen Ausübung übertragen ist, gültig gezahlt werden kann; und der §. 34 l. c. bestimmt wörtlich:

„Auch durch richterliche Verfügung kann der Schuldner das Recht und die Pflicht, einem Dritten, statt des Gläubigers Zahlung zu leisten überkommen."

Der §. 149 l. c. endlich besagt ausdrücklich, daß bloß eine gültige und richtig geleistete Zahlung den Schuldner von der Verbindlichkeit befreit, welche dadurch hat getilgt werden sollen. Hiernach unterliegt es keinem gegründeten Zweifel, daß, wie auch bereits der §. 101 I, 24 der A. G.-O. selbst hervorhebt, eine dem richterlichen Verbote zuwider, an den Exequenden von dessen Schuldner geleistete Zahlung, dem Exekutionssucher gegenüber keine gültige ist und als geschehen nicht erachtet werden kann. Es folgt daraus mit Nothwendigkeit, daß nach dieser Richtung hin das ursprüngliche Forderungsrecht mit dem auf ihm ruhenden Arreste nach wie vor bestehen geblieben ist, so daß auch eine, nach dem Gesetze vom 4. Juli 1822 beantragte Ueberweisung desselben, sei es in Kraft einer Assignation, oder mit der Wirkung einer Cession, dem Exekutionsberechtigten nicht verweigert werden darf. Ist dem aber so, dann liegt eine Entziehung der Forderung aus der Beschlagnahme in keiner Weise vor, wobei es selbstredend gleichgültig ist, daß die stattgehabte Zahlung an den Exequenden, diesem gegenüber, die Verbindlichkeit des zahlenden Schuldners beseitigt hat. Ob endlich in Fällen der vorliegenden Art der dritte Schuldner im Stande sein wird, die als ungültig zu betrachtende Zahlung nochmals zu leisten, fällt nicht ins Gewicht, weil dies ein thatsächlicher Umstand ist, der auf die rechtliche Beurtheilung der Straffälligkeit der Handlung keinen Einfluß ausübt." (Preuß. Ob.-Trib. 3. Juli 71. O.R. 12 S. 360 G.A. S 579).[5]

Strafgesetzbuch. §. 156.

Versicherung „vor" einer Behörde.

40. „Die Nichtigkeits-Beschwerde des Angeklagten behauptet Verletzung des §. 156 des Strafgesetzbuchs deshalb, weil derselbe eine „vor einer . .

[5]) Die Voraussetzungen des mitgetheilten Erkenntnisses sind in einem Falle nicht für zutreffend erachtet, in welchem der Rechtsanwalt T., welcher an den Angeklagten (seinen Bureau-Vorsteher) das mit Beschlag belegte Gehalt zu bezahlen hatte, also der Drittschuldner war, das an ihn erlassene Inhibitorium, sowie die späteren an ihn in dieser Angelegenheit erlassenen Verfügungen, weil dieselben sämmtlich in die Hände des Angeklagten als seines Büreauvorstehers gelangt waren, gar nicht bekommen, folglich die in Beschlag genommene Forderung in gutem Glauben an den Angeklagten gezahlt und sich damit auch dem Exekutionssucher gegenüber von seiner Verbindlichkeit befreit hatte, hiernach aber allerdings der Angeklagte, dem das Verbot richtig zugestellt war, die dadurch in Beschlag genommene Forderung der Verstrickung entzogen hatte.

Behörde" abgegebene falsche eidesstattliche Versicherung zum Thatbestande des Vergehens fordere, deshalb die Abgabe in Gegenwart — in diesem Sinne also vor — der Behörde fordere, mithin die vermöge einer verschiedenen Fassung des Gesetzes im §. 129 des Preuß. Strafgesetzbuchs auch mit umfaßten blos schriftlich abgegebenen eidesstattlichen Versicherungen, welche also ohne persönliches Erscheinen vor der Behörde abgegeben waren, nunmehr ausschließe. Allein die Auslegung des Gesetzes, welche demselben hiermit untergelegt wird, ist eine irrige. Die gedachte Fassungsänderung hat keine Aenderung in dem Sinne des Gesetzes zur Folge gehabt. Denn das Wort „vor" ist nicht in dem Sinne der körperlichen Gegenwart, also wie die Beschwerde behauptet, als gleichbedeutend mit „coram", sondern es ist als gleichbedeutend mit „gegenüber" aufzufassen, und bedeutet daher die Abgabe einer Erklärung, welche unmittelbar an die zuständige Behörde gerichtet wird und an dieselbe unmittelbar gelangt, mithin auch wenn dies nur auf dem Wege der schriftlichen Mittheilung erfolgt." (Preuß. Ob.-Trib. 19. April 71. O.R. 12 S. 217 G.A. 19 S. 390.)

Strafgesetzbuch. §. 157.

S. oben zu §§. 2, 157.

Strafgesetzbuch. §. 159.

Begriff des Unternehmens.

41. Durch den Spruch der Geschworenen war festgestellt, daß Angeklagter 2 Zeugen in einer Straffache wissentlich zur Ablegung eines wissentlich falschen eidlich zu bekräftigenden Zeugnisses zu verleiten „versucht" habe. Die Nicht.-Beschw. behauptete Verletzung des §. 159 Strafgesetzbuchs, weil nicht ein „Unternehmen" der Verleitung festgestellt sei. Dieselbe ist zurückgewiesen: Das Preuß. Strafgesetzbuch hat mehrfach Thatbestände ohne Rücksicht auf den Erfolg der denselben zu Grunde liegenden Handlungen als selbstständige Delikte unter Strafe gestellt, und zwar überall da, wo es sich um eine strafbare Einwirkung auf den Willen Anderer durch Zwang oder Verleitung handelt, deren Strafbarkeit nicht nach dem Erfolge der Handlung, insofern derselbe von der Widerstandskraft des Anderen abhängig ist, sondern lediglich nach dem Charakter der Handlung des Thäters, welcher seinerseits Alles gethan hat, um den beabsichtigten Erfolg herbeizuführen, bestimmt werden kann: §§. 90, 96, 130, 330 des Preuß. Strafgesetzbuchs. Darnach ist der in den gedachten Strafbestimmungen insbesondere aber in §. 130 des Preuß. Strafgesetzbuchs in Beziehung auf die Verleitung zum Meineide gebrauchte Ausdruck „versuchen" nicht zur Bezeichnung eines Versuches im technischen Sinne des §. 31 des Preuß. Strafgesetzbuchs, also in Beziehung auf den Fortschritt der That vom Anfange der Ausführung ab bis zur Vollendung, sondern nur zu dem Behufe gebraucht, um auszudrücken: daß die Handlung des Thäters, obwohl derselbe seinen Zweck nicht erreicht hat und ohne Rücksicht auf den Erfolg bestraft werden soll. Durch die dem §. 130 des Preuß. Strafgesetzbuchs entsprechende Vorschrift des §. 159 des Deutschen Strafgesetzbuchs hat der Thatbestand erstgedachter Vorschrift keine Aenderung erlitten.

Die Ausdrücke „wer es unternimmt, Unternehmen" bezeichnen ihrem Wortverstande nach alle zur Erreichung eines bestimmten Vorhabens vorgenommenen Handlungen, unangesehen, ob der Erfolg des Vorhabens erreicht wird, in strafrechtlichem Sinne also alle derartigen strafbaren Handlungen, und sind in dieser Bedeutung auch bereits in der gemeinrechtlichen Terminologie und in der älteren Preuß. Strafgesetzgebung (§§. 39 ff. II. 20 A. L.-R.) sowie in der Preuß. Abgabengesetzgebung (vgl. A. K.-O. vom 29. Febr. 1840. Zusätzl. Vorschriften Nr. 5. (G.-S. S. 94.) §§. 1, 2 des Zollstrafges. vom 23. Januar 1838 (G.-S. S. 78)) in Anwendung gebracht (vgl. auch §. 82 des Preuß. Strafgesetzbuchs, sowie §. 214 des Deutschen Strafgesetzbuches). Aus der Wahl des Ausdruckes „wer es unternimmt" im §. 159 des Strafgesetzbuches können mithin Schlüsse auf eine beabsichtigte sachliche Abänderung der Vorschrift des §. 130 des Preuß. Strafgesetzbuchs nicht gezogen werden. — Der Grund, aus welchem der Gesetzgeber sowohl in §. 159 des Deutschen Strafgesetzbuchs, als bei einer Reihe anderer strafbarer Thatbestände §§. 114, 122, 357 a. a. O. sich des Ausdruckes „unternehmen" statt des in den entsprechenden §§. 130, 90, 96, 330 des Preuß. Strafgesetzbuches gebrauchten „versuchen" bedient hat, liegt lediglich darin, daß beabsichtigt wurde, den Gebrauch des Wortes „Versuch, versuchen" auf diejenigen Fälle zu beschränken, in welchen der Thatbestand eines Versuches im Sinne der §§. 31 des Preuß. Strafgesetzgesetzbuchs, 43 des Deutschen Strafgesetzbuches vorliegt und in denen es mithin der Feststellung der Erfordernisse eines solchen bedarf. In Uebereinstimmung hiermit ergeben auch die Motive des Entwurfes zum Deutschen Strafgesetzbuche zu §. 153, §. 159 des Deutschen Strafgesetzbuches, daß der Thatbestand des §. 130 des Preußischen Strafgesetzbuchs lediglich hat beibehalten werden sollen. Weder in dem Inhalte des §. 159 des Deutschen Strafgesetzbuchs noch anderweitig in der Gesetzgebung kann ein ausreichender Anhalt dafür gefunden werden, daß beabsichtigt worden sei, den Worten des §. 159 den Sinn beizulegen, in welchem das Wort „Unternehmen" im §. 82 des Deutschen Strafgesetzbuches in Beziehung auf diejenigen Handlungen, durch welche das Verbrechen des Hochverraths vollendet wird, eine besondere, dem §. 62 des Preuß. Strafgesetzbuchs entsprechende und aus der Entstehungsgeschichte dieser Vorschrift zu erklärende Begriffsbestimmung gefunden hat und ist daher auf diese Begriffsbestimmung bei der Auslegung des §. 159 des Deutschen Strafgesetzbuchs nicht zurückzugehen. (Preuß. Ob.-Trib. 6. Juli 71. O.R. 12 S. 375, vgl. Preuß. Ob.-Trib. 13. Sept. 71. G.A. 19 S. 677.)

Strafgesetzbuch. §§. 159. 161.

Ist auf die Unfähigkeit, als Zeuge ꝛc. eidlich vernommen zu werden, im Falle des §. 159 zu erkennen?

42. „Der dem angefochtenen Urtheil in der Nichtigkeitsbeschwerde gemachte Vorwurf der Verletzung des §. 161 des Deutschen Strafgesetzbuchs beruht auf der Unterstellung, daß das im §. 159 daselbst vorgesehene Verbrechen der erfolglosen Unternehmung einer Verleitung eines Anderen zum Meineide im Sinne des Gesetzes ebenfalls als das Verbrechen des Meineides selbst

aufzufassen sei. Diese Unterstellung ist aber eine irrige. Was das Deutsche Strafgesetzbuch unter dem Verbrechen des Meineides versteht und verstanden wissen will, ist in den §§. 153 bis 155 einschließlich ausgesprochen, und edr hier aufgestellte Begriff des Meineides stimmt vollkommen mit dem gewöhnlichen Sprachgebrauch überein. Nach diesen Vorschriften ist das wesentliche Kriterium des Meineides die wissentliche Verletzung eines vor Gericht oder vor einer anderen zuständigen Behörde abgeleisteten Eides oder einer an Stelle des Eides abgegebenen zulässigen religiösen Betheuerung. Ein Meineid setzt daher mit Nothwendigkeit die wirkliche Ableistung eines Eides oder die wirkliche Abgabe einer religiösen Betheuerung der gedachten Art und die wissentliche oder absichtliche Verletzung des Eides oder der Betheuerung voraus, so daß die Strafe des Meineides immer nur den physischen Urheber dieses Verbrechens und nach §. 48 a. a. O. den Anstifter der wirklich vollbrachten That als intellektuellen Urheber derselben treffen kann. Ganz anders verhält es sich mit dem erfolglosen Unternehmen der Verleitung eines Anderen zum Meineide; ein solches Unternehmen ist im §. 159 c. als ein selbstständiges, auf anderen Voraussetzungen beruhendes Verbrechen behandelt.

Von dem Meineide unterscheidet sich das im §. 159 vorgesehene Unternehmen wesentlich und charakteristisch dadurch, daß derjenige, welcher verleitet werden sollte, entweder gar keinen Eid geschworen oder eine religiöse Betheuerung nicht abgegeben, oder doch wenigstens seinen Eid oder seine Betheuerung nicht wissentlich oder absichtlich verletzt hat.

Es kann daher weder nach dem Wortlaute, noch nach dem Geiste des Gesetzes die Absicht des Gesetzgebers gewesen sein, die im ersten Absatze des §. 161 c. angedrohte strengere Strafe auch auf den Fall des §. 159 auszudehnen. Man kann selbst zugeben, daß das Strafgesetzbuch eine förmliche Definition des Meineides nicht aufstellt; hieraus folgt aber keineswegs, daß alle im neunten Abschnitt unter der Ueberschrift: „Meineid“ aufgezählten strafbaren Handlungen als Verbrechen des Meineides aufgefaßt werden könnten.

Der Inhalt der §§. 156 bis 160 zeigt deutlich, daß in diesem Abschnitt auch Handlungen mit Strafe bedroht sind, welche unmöglich als Verbrechen des Meineides anzusehen sind, weil bei denselben von der Ableistung eines Eides rc., folglich von der wissentlichen Verletzung desselben keine Rede ist; ferner geht aus diesen Paragraphen hervor, daß der Gesetzgeber sehr genau unter den darin aufgezählten Fällen unterscheidet, und den zwischen einem Meineide und dem Verbrechen des §. 159 bestehenden Unterschied hebt der Gesetzgeber schon dadurch auf das Unzweifelhafteste hervor, daß er für das letztere Verbrechen im Höchstbetrage eine um die Hälfte geringere Strafe androht, als gegen das erstere, was deutlich ergiebt, daß er beide Verbrechen nicht für identisch betrachtet hat und betrachtet wissen will.

Da das Deutsche Strafgesetzbuch wesentlich aus sich selbst interpretirt werden muß, so kann es hierbei weder auf Ansichten von Rechtslehrern über das gemeine deutsche Strafrecht, noch auf spezielle Bestimmungen früherer Strafgesetzgebungen ankommen; noch weniger aber verdient die Ansicht eine nähere Erörterung, daß derjenige, der einen Anderen zu einem Meineide zu verleiten versucht, ebenso strafwürdig erscheinen müsse, als der Meineidige

selbst; denn es handelt sich hier nicht de lege ferenda, sondern von der Auslegung einer positiven Gesetzesvorschrift, und der Gesetzgeber hat gerade dadurch, daß er für das eine Verbrechen eine doppelt so hohe Strafe androht, als für das andere, deutlich zu erkennen gegeben, daß er jene Ansicht eben nicht theile." (Preuß. Ob.-Trib. 4. Dez. 71. G.A. 19 S. 777).)

*) Durch diesen Beschluß der vereinigten Abtheilungen des Senats f. Strafsachen sind die entgegengesetzten Entscheidungen des Ob.-Trib. 26. April 71 (O.R. 12 S. 229 G.A. 19 S. 456) und 4. Juni 71 (O.R. 12 S. 349. G.A. 19 S. 610) beseitigt.

Literatur.

2.

Der 1871 veröffentlichte Entwurf einer deutschen Civilproceßordnung und die daran sich anschließende Literatur und öffentliche Discussion.

Der im Jahre 1869 zuerst und sodann vervollständigt im Jahre 1870 veröffentlichte Entwurf einer norddeutschen Civilproceßordnung hat bekanntlich eine sehr verschiedenartige Beurtheilung erfahren. Von Manchen in den Hauptpunkten wenigstens gut geheißen, so z. B. von Osterloh[1]), André, Mayersburg,[2]) wurde er von altpreußischen Juristen[3]) heftig angegriffen, weil ihnen besonders die erforderliche schriftliche Grundlage in dem Verfahren zu fehlen schien, von anderer Seite aber deßhalb getadelt, weil man in mancher Beziehung die nöthige Consequenz in der Durchführung der Principien vermißte.[4])

---

[1]) Verhandlungen des neunten deutschen Juristentages 2. S. 295 ff. Gutachten über den Entwurf. Leipzig. Tauchnitz 1870. Besonders S. 153.

[2]) Verhandlungen d. neunten d. Juristentages 2. S. 299 ff. S. 312 ff.

[3]) Gutachten des Obertribunalsrath Plathner in den Verhandlungen d. neunten deutschen Juristentages 2. S. 51—117. — Vgl. auch z. B. die anonyme Schrift: Ueber den Entwurf einer Proceßordnung für den Norddeutschen Bund von einem altländischen Juristen Berlin 1870. — Richtiger und unbefangener die Urtheile in den geistreichen Schriften von Wellmann (Kreisgerichtsrath): Die Grundlagen des preußischen Processes 1870 u. der Kampf um die norddeutsche Proceßordnung 1870.—

[4]) Vgl. namentlich v. Mittelstädt, Beurtheilung einiger Abschnitte des Entwurfs einer Norddeutschen Proceßordnung 1870 (Guttentag Berlin) und die Gutachten des Justizraths v. Grobbeck zu Bromberg, des Kreisrichters Gaupp in Tübingen und des Untezeichneten in den Verhandlungen d. 9. d. Juristentags 2. S. 118 ff. S. 220 ff. und S. 3 ff. — Eine starke, aber nicht zutreffende Kritik sämmtlicher dem Juristentage gelieferter Gutachten enthält: Plathner (Obertribunalsrath): Der richtige Weg zur Herstellung der Deutschen Civilproceßordnung. Berlin 1871. Dieser praktische Weg soll darin bestehen, dem Reichstage drei verschiedene Proceßentwürfe, je von einem Richter, einem Anwalt und einem Laien aus dem Gebiete des preußischen, des rheinischen und des hannoverschen Processes zur Auswahl vorlegen zu lassen. Das hierbei wahrscheinliche Resultat könnte man einfacher haben durch Auswahl zwischen dem preußischen, rheinischen und hannoverschen Processe. Daß Laien an der Rechtsprechung Theil nehmen, läßt sich mit guten Gründen vertheidigen; daß sie aber Proceßgesetzentwürfe mitausarbeiten sollen, dürfte doch auch eine unpraktische Idee sein. Die Einwendungen Plathner's gegen die Vorschläge des Unterzeichneten beruhen auf dem Verkennen des Umstandes, daß ein mündlicher Proceß dem Richter mehr Freiheit des Ermessens gestatten muß, als der jetzige zum Theil mechanische Proceßgang des preußischen Rechts, und ein Rechtssatz ist deßhalb noch nicht schlecht, weil er in den letzten Consequenzen nicht die Bestimmtheit einer Rechentabelle bietet.

Vorzüglich folgende Gesichtspunkte wurden bei dieser Kritik in's Auge gefaßt:

1) Der Grundsatz, daß nur das mündlich Vorgetragene, aber auch alles mündlich Vorgetragene bei Fällung des Urtheils zu berücksichtigen sei, daß also die Schriftsätze in keiner Weise die mündliche Verhandlung beschränken sollten.

2) die theilweise Beibehaltung der Eventualmaxime, insofern dem Beweisbescheide (oder dem Schlusse der mündlichen Verhandlung vor Abgabe des Beweisbescheides) in Beziehung auf neue selbständige Angriffs- und Vertheidigungsmittel, nicht aber in Beziehung auf neue zur Begründung dieser Angriffs- und Vertheidigungsmittel dienende Thatsachen, sog. Hülfsthatsachen (der letztere Ausdruck findet sich übrigens im Entwurfe selbst nicht) präcludirende Wirkung beigelegt wurde.

3) die Behandlung des Beweisbescheides, welcher nach dem norddeutschen Entwurfe abänderlich sein, gleichwohl aber neben der genannten Präclusivwirkung auch mit den Formen eines wirklichen Urtheils (Thatbestand, Entscheidungsgründen) ausgestattet sein und alle zu beweisenden Thatsachen genau bezeichnen sollte.

4) die im Entwurfe angenommene hohe Competenzsumme der Einzelrichter (150 Thlr.) und die Beschränkung der Rechtsmittel gegen die einzelrichterlichen Urtheile, welche in Sachen bis 50 Thlr. für fast völlig unanfechtbar und souverain erklärt wurden.

Wenn, was die Gestaltung des Beweisbescheides und die theilweise Beibehaltung der Eventualmaxime betrifft, die meisten Beurtheiler der Ansicht waren, daß der Entwurf hier Unvereinbares habe vereinigen wollen, weil einerseits Präclusion durch einen abänderlichen Bescheid eine Contradictio in adjecto, andererseits der Unterschied zwischen selbständigen Angriffs- und Vertheidigungsmitteln und den Hülfsthatsachen nicht genügend feststellbar sei, so wurde allgemein die souveraine Stellung der Einzelrichter in Sachen bis 50 Thlr. für unannehmbar erklärt. Dagegen erfuhr Punkt 1 die verschiedenste Beurtheilung. Die Mehrzahl der altpreußischen Juristen wollte mindestens, daß es der Partei auch freistehen müsse, sich auf schriftlichen Vortrag zu beschränken, daneben aber verlangte sie die Beibehaltung der Eventualmaxime im strengen Maße; v. Mittelstädt dagegen, den wir als Hauptvertreter der rheinischen Juristen citiren, forderte in Gemäßheit des französisch-rheinischen Rechts Beseitigung der im Entwurfe beibehaltenen vor der mündlichen Verhandlung erwachsenden gemeinrechtlichen Gerichtsacten, während die hannoverschen Juristen allmählig anfingen, das unabänderliche hannoversche Beweisinterlocut als ein verlorenes, für die Rechtseinheit zu opferndes Kleinod zu betrachten.

Daneben aber begannen einzelne Stimmen, für eine weit entschiedenere und durchgreifendere Reform des Civilprocesses sich auszusprechen. Schon Planck hatte in einem 1861 dem deutschen Juristentage erstatteten Gutachten auf Einwendungen aufmerksam gemacht, die in einem wahrhaft mündlichen Verfahren gegen eine zweite Instanz über die Beweisfrage sich erheben lassen und der Unterzeichnete hatte zuerst 1867 in der Schrift „Recht und Beweis

im Civilprocesse" und später noch wiederholt[5]) die Entbehrlichkeit und Schädlichkeit der vollen Appellationsinstanz im mündlichen Verfahren, daneben aber die Vortheile wirklicher Mündlichkeit oder richtiger Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme mit Entschiedenheit ausgesprochen und nachzuweisen übernommen. Dieser Ansicht trat schon vor Veröffentlichung des norddeutschen Entwurfs Obertribunalsrath C. L. Meyer in Berlin[6]) und später in dem dem Juristentage erstatteten Gutachten Justizrath v. Grodded, ein altpreußischer Jurist, bei, wie denn auch ein Gutachten eines süddeutschen Praktikers, des Kreisrichters Gaupp in Tübingen die Aufhebung der bisherigen zweiten Instanz (unter gleichzeitiger Einführung der Civiljury) wenigstens als ein Postulat der vollen Mündlichkeit bezeichnete.[7]) Namentlich wurde darauf hingewiesen, daß die als Regel von dem norddeutschen Entwurfe schon gewollte Beweisaufnahme vor dem erkennenden Gerichtscollegium nur bei Aufhebung der zweiten Instanz über die Beweisfrage Wahrheit werden könne, während die zweite Instanz über die Beweisfrage bei mindestens höchst problematischem Nutzen eine ungeheure Arbeits- und Zeitverschwendung für Gerichte und Parteien mit sich bringe.

Diesen Erwägungen hat der neue Entwurf, welcher vom preußischen Justizministerium im Sommer 1871 veröffentlicht ist, Rechnung getragen.

Indem er die mündliche Verhandlung als ausschließliche Grundlage der gerichtlichen Entscheidung festhält, jedoch einige angemessene Vorschriften giebt, um ein lästiges Protokolliren während der Gerichtssitzungen zu vermeiden, beseitigt er die Eventualmaxime völlig, macht den Beweisbescheid zu einem bloßen Admissions- oder Relevanzdecrete, welches mit Enscheidungsgründen nicht versehen wird, und beschränkt die zweite Instanz gegenüber den Urtheilen der Collegialgerichte, deren stärkere Besetzung (mit 5 Richtern) in Aussicht genommen wird, auf eine sog. Revision bezüglich der Rechtsfrage. Andererseits aber giebt er die, mit den Anforderungen wirklicher Justizpflege schwer vereinbare souveraine Stellung[7a]) der Einzelrichter — welche vielleicht von der norddeutschen Commission mit Rücksicht auf die drohende Ueberlastung der Gerichte angenommen war — vollständig auf und unterwirft vielmehr ihre Urtheile der Berufung in ausgedehntestem Maße. Die dritte Instanz — ein für das Reich gemeinsamer oberster Gerichtshof — soll nach den Bestimmungen des Entwurfs als Oberrevisionshof in denjenigen Fällen thätig werden, in denen die beiden Vorinstanzen im Resultate verschieden erkannt haben und in denen zugleich ein Reichsgesetz oder eine Rechtsform verletzt wurde, welche sich über das Gebiet des Revisionsgerichts (der zweiten Instanz) hinaus erstreckt. (§§. 478. 479 d. Entwurfs.)

Auf diese Hauptpunkte — freilich hätte wohl auch die Lehre vom Parteieide, die einen entschiedenen Rückschritt gegen den norddeutschen Entwurf enthalten dürfte, einige Aufmerksamkeit verdient — concentrirte sich bis

---

[5]) Zeitschr. f. Rechtspflege in Preußen 1868. S. 213 ff. Vgl. auch d. citirte Gutachten.

[6]) Bemerkungen zu Civil-Proceßgesetzgebung. Berlin 1867.

[7]) Verhandlungen des 9. d. Juristentags. 2. S. 262.

[7a]) Man lese hierüber die vortrefflichen Ausführungen von Feuerbach's (Betrachtungen über Mündlichkeit und Oeffentlichkeit der Gerechtigkeitspflege I. S. 345 ff.

jetzt das allgemeinere Interesse, und so stellte die ständige Deputation des deutschen Juristentags, der vierten Abtheilung des Juristentags, im August v. J. folgende Fragen, über welche bei Kürze der Zeit besondere Gutachten nicht eingeholt waren, zur Berathung:

1) Inwieweit sollen im mündlichen Verfahren die der Verhandlung vorausgehenden Schriftsätze und schriftlichen Anträge für die Feststellung des Thatbestandes maßgebend sein?

Die Abtheilung faßte in wesentlicher Uebereinstimmung mit dem für die sämmtlichen Fragen bestellten Referenten (Prof. Gneist) die folgenden Beschlüsse:

a. „Die in dem revidirten Entwurfe gewählte Construction ist als Grundlage einer gemeinsamen Proceßordnung annehmbar."

und als weitere Consequenzen dieses Beschlusses:

b. „Die im mündlichen Verfahren der Verhandlung vorangehenden Schriftsätze haben die Hauptbestimmung einer gegenseitigen Information der Parteien."

c. „Nur die gestellten Anträge sind aus den Schriftsätzen zu verlesen."

d. „Es bedarf keiner schriftlichen Fixirung des Thatbestandes durch einen motivirten Beweisbeschluß."

e. „Der Thatbestand des Endurtheils ist aus dem Gesammtinbegriff der mündlichen Verhandlung durch den Richter festzustellen, mit Vorbehalt eines summarischen Berichtigungsverfahrens." [8])

Schwieriger wurde die Debatte über die Frage:

2) „Sollen neue Thatsachen und Beweismittel bis zum Schlusse der Verhandlung, auf welche das Urtheil ergeht, zugelassen werden?"

Schließlich sprach sich die Majorität aber auch für unbedingte Bejahung der Frage und demnach für vollständige Beseitigung der Eventualmaxime aus, wobei die von einigen Stimmen (von dem Unterzeichneten für äußerste Fälle) befürwortete sog. Souveränetät der Gerichte mit entschiedener, ein Amendement des Unterzeichneten, dem Gerichte die Befugniß zu geben:

> „bestimmte Vertheidigungsmittel zum besonderen Verfahren zu verweisen und zwar so, daß das Urtheil ohne Rücksicht auf diese vollstreckbar ist"

aber mit (wohl nicht sehr starker) Majorität abgelehnt wurde.[9])

Eine sehr erregte Debatte aber veranlaßte die Frage:

3) „Kann die Berufung gegen die thatsächlichen Feststellungen der Collegialgerichte erster Instanz aufgegeben und demnach das Rechtsmittel auf eine Revisio in jure beschränkt werden?"

Offenbar war die im Entwurfe angenommene Bestätigung der vollen Appellation der Mehrzahl der Versammlung etwas völlig Neues. Obgleich der Referent für den Entwurf eintrat, meldete sich hier eine ganz überwiegende Anzahl von Rednern gegen den Entwurf, und unter dem Eindrucke eines von wiederholtem Beifalle unterbrochenen Vortrags des Oberappellationsraths Bähr wurde, nachdem der Referent selbst seinen ursprünglichen, dem Entwurfe entsprechenden Antrag, auf die Empfehlung einer „Revisio ohne

---

[8]) Verhandlungen des 9. deutschen Juristentags 3. S. 269. 270.
[9]) Verhandlungen 9. 3. S. 271 ff. S. 334 ff.

nova in facto et probatorio" reducirt hatte, der Antrag des Rechtsanwalts Sabarth:

> „Das Recht der unbedingten Berufung ist als Regel im neuen Proceßgesetze schlechterdings aufrecht zu erhalten, und es kann die bloße Revisio in jure dafür nicht genügen"

angenommen.[10])

Die Vorschriften des Entwurfs über die Oberrevision gelangten nicht mehr zur Debatte; doch sprach sich der Referent in einem kurzen Vortrage im Allgemeinen für dieselben aus.[11])

Die auf dem Juristentage begonnene Bekämpfung des Entwurfs in der wichtigsten, die zweite Instanz betreffenden Frage ist fortgesetzt von Bähr in der Schrift:

> Das Rechtsmittel zweiter Instanz im deutschen Civilproceß. Ein Beitrag zur Kritik des im königl. preußischen Justizministerium bearbeiteten Entwurfs einer deutschen Civilproceßordnung. Jena, Herm. Dufft. 71 S. in 8.

Nachdem Verfasser einleitend bemerkt, daß die im Entwurfe beabsichtigte Aufhebung der bisherigen Appellationsinstanz als eine völlig neue (?) im Entwurfe erst aufgestellte (?) Frage schwerster Bedeutung ihn zur Kritik des Entwurfs veranlasse, versuchte er zunächst nachzuweisen, daß eine wesentliche Abweichung zwischen der Revision des Entwurfs und der Nichtigkeitsbeschwerde des französischen und des bisherigen preußischen Rechts nicht bestehe. Die Revision solle ja nur darauf gestützt werden können, daß die Entscheidung auf der Verletzung eines Gesetzes oder Rechtssatzes beruhe, während der Thatbestand unanfechtbar bleibe, und ersteres sei auch gerade zur Begründung der Nichtigkeitsbeschwerde erforderlich. Alle Bedenken, welche gegen die letztere sprechen, seien demnach auch gegen jene geltend zu machen, namentlich auch der starre, die materielle Gerechtigkeit schädigende Formalismus, und es sei eine Täuschung, wenn die Motive des Entwurfs diesen Formalismus bei der Revision für beseitigt erachten. Verf. glaubt vielmehr, daß bei der Revision des Entwurfs ebenso wie bei der bisherigen Nichtigkeitsbeschwerde jede Würdigung der Umstände des einzelnen Falles, die quaestio facti im Sinne der L. 34 D. de negot gest. 3, 5, der L. 13 D. qui pot. 20, 4 u. s. w. ausgeschlossen, der Revisionsrichter vielmehr beschränkt sei auf die Prüfung der vom Untergerichte der Entscheidung zum Grunde gelegten Principien, und darunter leide (S. 25) die wahrhaft befriedigende Praxis der Gerichte, deren eigentliche Bedeutung und Kraft nicht sowohl in den Entscheidungsgründen, als in der Beurtheilung des concreten Falles zu finden sei. Die Praktiker gerathen bei der Nichtigkeitsbeschwerde in eine peinliche Lage: sie möchten gern dem materiellen Rechte helfen und werden daran durch den Formalismus gehindert, und oft halte die Frage, ob letzteres der Fall sei, mehr auf, als die beste sachliche Erörterung und Entscheidung es thun würde. Und schwerer noch, als auf dem Gerichte, laste der Formalismus des Rechtsmittels auf dem Anwaltstande: das materiell bestbegründete Rechtsmittel scheitere oft an formell unrichtiger Ausführung,

---

[10]) A. a. O. S. 275 ff. S. 335 ff.
[11]) A. a. O. S. 336 ff.

und der Anwalt werde von der Partei, die den Formalismus des Rechtsmittels nicht begreifen, oft genöthigt, die „fabelhaftesten Rechtssätze" aufzustellen, wie denn auch die Nichtigkeitsbeschwerde leicht an einem in den Entscheidungsgründen (mit „abgesehen davon" u. s. w.) mit aufgestellten Nebengrunde hängen bleibe, so daß schon oft der Judex a quo es vollständig in der Hand habe, die Nichtigkeitsbeschwerde auszuschließen. Dem Verf. erscheint die Nichtigkeitsbeschwerde wie „ein Tantalusapfel, der zurückweicht, wenn die Partei danach greift."

Dennoch will Verf. für einen obersten Gerichtshof in einem großen Lande aus anderen Gründen sich mit der Nichtigkeitsbeschwerde befriedigt erklären, aber nicht für die Mittelinstanz. Diese kann sich, wie Verf. bemerkt, nicht mit solcher theoretisirenden Entscheidung begnügen, und gerade die Unsicherheit, ob die Revision stattfinde, müsse zur Ueberbürdung des obersten Gerichtshofes führen, der sehr oft das unrichtige Urtheil erster Instanz deshalb wieder herstellen müsse, weil die zweite Instanz formell ihre Befugnisse überschritten habe — vorausgesetzt, daß die, wie Verf. bemerkt, ganz unzulässige Beschränkung eines der Rechtseinheit dienenden obersten Gerichtshofes auf difforme Erkenntnisse der Unterinstanzen wegfällt. Für die höchste souverain entscheidende Instanz sei Unbestimmtheit der Competenz allenfalls zu tragen, für die zweite von einem anderen Gerichtshofe abhängige Instanz aber unerträglich.

Die Begründung aber anlangend, welche die Motive des Entwurfs für die bloße Revisionsinstanz geben, so ist Bähr der Ansicht, daß die Zulassung von Nova in zweiter Instanz diese noch keineswegs, wie die Motive annehmen, zu einem novum judicium mache: denn die Nova bilden nach des Verf. Ansicht nur eine verhältnißmäßig seltene Ausnahme. Fände man aber die Nova anstößig, so könne man diese ja abschneiden, wie das gemeine und bis 1867 das kurhessische Recht gethan habe. Indeß sei den übrigen Bestimmungen des Entwurfs, insbesondere bei dem ohne wirksame Controle von dem Referenten einseitig zusammengeschriebenen Thatbestande die Zulassung der Nova in zweiter Instanz unumgänglich, zumal da jede Einwirkung des Richters auf die Partei vermißt werde, um dieselbe darüber aufzuklären, welchen Beweis der Richter für erforderlich erachte. Die Analogie des Strafverfahrens hält Verf. für unzutreffend. Im Strafverfahren handle es sich meist nur um die Frage: „Hat der Mann es gethan", während im Civilverfahren die Beweisfragen verwickelter, feiner seien. Zudem sei die Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme im Civilprocesse schon deßhalb nicht vollkommen herzustellen, weil die Parteien in der Person der Anwälte „von Kopf bis zu Fuß maskirt" auftreten. Die stärkere Besetzung der Gerichte erster Instanz vermöge nicht, den Mangel der zweiten den Parteien zu ersetzen, da durch das Urtheil erster Instanz diese erst Gelegenheit zur Kritik erhalten. Wenn sodann die Motive die Beseitigung der bisherigen zweiten Instanz mit der Verminderung der Richterstellen und der Aufbesserung der Gehalte der Richter in Verbindung bringen, so sei dem gegenüber die Frage zu erheben, ob denn Deutschland nicht auch ohne jene Maßregel im Stande sei, die Richter anständig zu bezahlen, und dazu sei die Verringerung der Geschäfte mit der Revisionsinstanz statt der Appellation nur eine Illusion. Wolle man aber mit den Motiven auf allgemeine politische Betrachtungen eingehen, so werde

nach dem Entwurfe die Justiz auf den „Kreisrichter“ reducirt werden. Die Appellation sei gerade zur Zeit der Blüthe des römischen Rechts in Gebrauch gewesen, und die volle Mündlichkeit, auf welche die Beseitigung derselben theoretisch gegründet werde, sei auch nur eine Täuschung. Wo sie theoretisch gelte, sehe doch jeder Richter im Berathungszimmer die Acten nach, und behalte das vielangegriffene Referat doch seine Bedeutung. Das bisherige preußische Verfahren sei gut; wenn daraus bis jetzt wenig gemacht sei, so liege das an den Personen, und diese werden auch aus dem rein mündlichen Verfahren nichts Besseres machen — oder sollte das letztere etwa Capacitäten hervorzaubern? Aber das rein mündliche Verfahren werde mit seinem Formalismus ohnehin Rechtsunsicherheit zur Folge haben, und dem gegenüber könne die so reelle Garantie der zweiten Instanz nicht auch noch aufgegeben werden. Die freie Beweiswürdigung aber, auf welche man endlich sich berufe, sei als Befreiung von einigen scholastischen Regeln recht gut, dürfe aber nicht so weit getrieben werden, daß man die objectiv vernünftige Unterlage des Beweises und etwa die mit dem materiellen Rechte zusammenhängende so wichtige Lehre von der Beweislast beseitige, so daß der Richter ohne alle bestimmte Gründe eine Behauptung für wahr halten dürfe. Gegen solche Willkür sei die zweite Instanz die beste Schutzwehr. In ihr beruhe ein großer Theil der Führerschaft in der praktischen Rechtswissenschaft, und der müsse ihr, wenn der im Ganzen doch Achtung gebietende Standpunkt der deutschen Justiz gewahrt werden solle, auch fernerhin verbleiben.

Direct gegen Bähr wendet sich

Levy (Rechtsanwalt und Notar in Fraustadt): Die zweite Instanz in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten. Zur Vertheidigung des im Preuß. Justiz-Ministerium bearbeiteten Entwurfs einer Deutschen Civilproceßordnung. Berlin 1871. Puttkammer und Mühlbrecht. 42 S. in 8.

Verf. weist zunächst und, wie wir glauben, mit Recht nach, daß die Verletzung einer Rechtsnorm im Sinne des Entwurfs auch die concrete rechtliche Beurtheilung des Falles mitumfasse; der Ausdruck sei eben im bewußten Gegensatze zu dem für die Begrenzung der Nichtigkeitsbeschwerde gebrauchten, der Verletzung von Rechtsgrundsätzen, gewählt. Sodann aber bestehe, führt Verf. weiter aus, ein wesentlicher Unterschied in der formellen Behandlung beider Rechtsmittel darin, daß der Beschwerdeführer bei der Revision nicht bestimmt die verletzten Rechtssätze zu formuliren brauche, wenn auch eine allgemein lautende Beschwerde, daß der Richter sich selbst die Revisionsgründe aufsuchen möge, schwerlich vorkommen dürfte. Gerade an dieser Formulirung aber scheitern, wie die Entscheidungen des Obertribunals ergeben, eine große Anzahl von Nichtigkeitsbeschwerden. Und nicht ohne Grund würde man sich, um darzulegen, daß das neue Rechtsmittel eine viel bedeutendere Thätigkeit des Oberrichters zulasse, auf die praktische Wirksamkeit des Recurses im preußischen Bagatellprocesse berufen, dessen Bedingungen wesentlich dieselben wie die der Nichtigkeitsbeschwerde seien, der aber von dem Formalismus der letzteren frei sei — wenngleich der Richter nicht, wie Bähr die Alternative stelle, von Amts wegen den Proceß nach allen Richtungen hin auf Revisionsgründe zu durchsuchen habe. Die Trennung der Thatvon der Rechtsfrage aber sei nicht unnatürlich, sondern echt germanisch,

und gehöre auch die Subsumtion der Thatsachen unter die Rechtsbegriffe zur Rechtsfrage, und wenn die bisherige Praxis der Nichtigkeitsbeschwerde die letztere auf principiell mißverständliche Anwendung eines Rechtssatzes beschränke, so sei dies eben eine zweite selbstgeschaffene Grenzlinie innerhalb der Rechtsfrage selbst, wie denn die Motive des Entwurfs diesen Unterschied mehrfach bemerklich gemacht haben. Ein schädlicher von Bähr freilich befürchteter Einfluß der Revision auf die Oberrevision sei auch nicht zu erwarten. Im Gegentheil würde es sich, wenn nicht die äußere Rücksicht auf die Organisation des obersten Gerichtshofes entgegenstände, sogar empfehlen, die Oberrevision nicht auf difforme Erkenntnisse zu beschränken.

Von den übrigen Ausführungen des Verfassers, die im Wesentlichen den Standpunkt der Motive gegenüber den Bähr'schen Angriffen festhalten und erstere theilweise nur wiederholen, wollen wir nur noch hervorheben, daß Verf. auch die Bedenken Bähr's, gegenüber dem Thatbestande des Urtheils nach dem Entwurfe nicht theilt. Der Thatbestand, bemerkt Levy, alterire das Urtheil an sich nicht; er werde ja erst nach der Beschlußfassung über das Urtheil durch das Collegium festgestellt.[12]) Die Analogie mit dem Strafverfahren, meint Verf., sei allerdings zutreffend, wenn auch nicht eine vollständige Parallelisirung. Zudem verlange das moderne Leben eine gerade durch die Appellation gehinderte Schnelligkeit der Entscheidung. Die Mündlichkeit sei allerdings bessere Kräfte für die Justiz heranzuziehen geeignet; die Regeln über die Vertheilung der Beweislast werde die freie Beweiswürdigung nicht beseitigen, und die Führerschaft in der praktischen Rechtswissenschaft werde den oberen Gerichten schon deßhalb nicht beeinträchtigt werden, weil jene doch mit der Feststellung des rein Thatsächlichen nichts zu thun habe. Das System der Rechtsmittel des Entwurfs sei nur eine Consequenz der für die erste Instanz angenommenen Principien, und consequente Maßregeln seien immer besser als halbe.[12a])

Mit diesen Schriften sind ihres Inhalts wegen zusammenzustellen die die Rechtsmittel des neuen Entwurfs betreffenden Gutachten, welche von den Anwälten Justizrath v. Mittelstädt in Neuwied, Obergerichtsanwalt Noltemeyer in Hannover, Advocat Scheele in Dresden und Dr. Reuling in Leipzig für den im December 1871 in Heidelberg abgehaltenen Anwaltstag ausgearbeitet worden sind.[13])

v. Mittelstädt spricht sich (S. 69 ff. der Gutachten) mit Entschiedenheit gegen die Beseitigung der Appellation aus. Der Anwalt werde durch das Urtheil oft vollständig überrascht, und könne daher die Verweigerung einer vollen zweiten Instanz geradezu Rechtsverweigerung werden: erst das Urtheil erster Instanz gebe eine Beurtheilung von einem andern, als dem bloßen Parteistandpunkte. Durch den Mangel eines motivirten Beweisbescheides aber werde die Gefahr des ersten Rechtszuges noch gesteigert, und je unbeschränkter

---

[12]) Dies S. 27, 28 angeführte Argument dürfte, wie unten dargelegt werden soll, freilich mehr gegen, als für den Entwurf sprechen.

[12a]) Brettner in Gruchot's Beiträgen zur Erläuterung des Preußischen Rechts 1871 S. 751—757 will die Berufung auch gegen Urtheile der Einzelrichter abschaffen.

[13]) Gutachten über den im Preußischen Justiz-Ministerium ausgearbeiteten Entwurf einer deutschen Civilproceßordnung auf Veranlassung des deutschen Anwaltstages erstattet. Berlin. Möser. 1871. 193 S. in 4.

die Freiheit des ersten Richters sei, um so mehr werde auch die Neigung vorhanden sein, sich von rein subjectiven Eindrücken bei Beurtheilung des Beweises leiten zu lassen. Der Werth der Zeugenvernehmung unmittelbar vor dem erkennenden Gerichte aber werde überschätzt; in vielen Fällen, wo es sich um eine ganz einfache äußere Thatsache handle, sei dazu kein Bedürfniß. Um dieser Vernehmung willen dürfe die zweite Instanz nicht geopfert werden.

Zu derselben Ansicht gelangt das Gutachten Noltemeyer's (das. S. 129 ff., besonders S. 135. 140 ff.). Noltemeyer schreibt der Partei ein unbedingtes Recht wenigstens einmaliger Nachprüfung des ersten Urtheils auch bezüglich des Thatsächlichen zu, bei dem ein Irrthum ebenso gut wie in der rechtlichen Beurtheilung möglich sei. Abgesehen von falscher Beurtheilung könne in erster Instanz auch ein Beweismittel ungenügend ausgenutzt sein — selbst ohne Schuld der Partei, z. B. wenn dem Zeugen nachher noch Etwas einfalle. Der Strafproceß operire mit ganz anderen Mitteln und zu ganz anderen Zwecken, und bei einer immerhin gründlichen Reform des Civilprocesses brauche doch nicht sofort zu dem verzweifelten Mittel der Aufhebung der zweiten Instanz oder zur Civiljury gegriffen zu werden. Die protokollarische Aufzeichnung der Zeugenaussagen sei schon wegen Gefahr des Meineids nicht zu umgehen; man werde damit eine ganz wesentliche Garantie der Wahrheit des erstinstanzlich festzustellenden Thatbestandes gerade beseitigen. Für jeden Proceß, wenn auch nicht für jede Thatsache und jedes Beweismittel seien zwei Instanzen zu fordern.

Im Sinne des Entwurfs sprechen sich dagegen über die Appellationsfrage Scheele und Reuling aus.

Ersterer (S. 83 ff.) erachtet den Grundsatz der Unmittelbarkeit auch des Beweisverfahrens auch hier für durchschlagend, eine Reproduktion der Beweisaufnahme in zweiter Instanz für praktisch unausführbar — schon der Arbeitsüberhäufung wegen — aber auch deßhalb für unnöthig, weil seinen Erfahrungen nach das Bedürfniß nicht bestehe, in zweiter Instanz Nova nachzubringen.

Sehr eingehend wird die Frage behandelt in dem Gutachten des Dr. Reuling (S. 97 ff.). Scharf hebt Reuling hervor, daß die Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme, ein Postulat der freien Beweiswürdigung, auch praktisch durch anderweite Proceßvorschriften verbürgt sein müsse, was bei einer vollen zweiten Instanz unmöglich werde, daß die Thatfrage bei freier Beweiswürdigung einen anderen Charakter annehme, daß — und dieser Punkt ist bisher noch wenig beachtet worden — die kritische Thätigkeit des Oberrichters gerade durch die Zulassung der Nova in zweiter Instanz beeinträchtigt werde, während die erste zu einer bloßen Versuchsstation herabsinke, der sich die Parteien, z. B. in Hannover, auch oft zu entziehen suchen. Dabei legt Verf. noch besonderes Gewicht auf die eine besondere Garantie bildende ungetheilte Verantwortlichkeit; diese sei aber dem Ansehen der Gerichte auch förderlich und die politischen Fragen, welche man in Preußen dem „Kreisrichter" nicht habe überlassen wollen, seien doch von der Feststellung von Thatsachen zu unterscheiden. Für Fälle, in denen die Partei mit einem Vorbringen der Gegenpartei in erster Instanz wirklich überrascht wurde, in denen also nach Billigkeit eine Abhülfe zu fordern ist, schlägt Reuling ein Nachtragsver-

fahren, aber in erster Instanz vor, das dann zugleich besser als das im Entwurfe gegebene zur etwaigen Berichtigung des dem Urtheile beigefügten Thatbestandes dienen könne. Uebrigens erachtet Verf. die gesammte konkrete Würdigung des festgestellten Thatbestandes in zweiter Instanz für erforderlich. Das Gutachten geht dabei von der Ansicht aus, daß der Entwurf diese nicht gewähre. Da dem Unterzeichneten aber anderweit bekannt ist, daß Verf. jetzt sich überzeugt hat, daß der Entwurf diese Prüfung der zweiten Instanz nicht entziehen wolle, ist es nicht erforderlich, auf diesen Theil des Gutachtens einzugehen.

Das Gutachten von Noltemeyer,[14]) das nur eine Ausdehnung der Oberrevision auf alle rechtsverletzenden reformatorischen Urtheile der Revisionsgerichte will — denn es sei oft schwer zu entscheiden, ob eine Rechtsnorm lediglich im Bezirke des Revisionsgerichts oder noch in einem andern Winkel Deutschlands gelte, und außerdem sei bis zum Erlaß eines gemeinsamen deutschen Civilgesetzbuchs die Abstumpfung partikularer Gegensätze durch einen obersten Gerichtshof wünschenswerth — und das Gutachten von Scheele wollen es bei der Beschränkung der Oberrevision auf difforme Erkenntnisse belassen, die Gutachten von v. Mittelstädt und Reuling dagegen halten gerade diese Grundidee der Oberrevision für durchaus verfehlt. Sie sind darüber einig, daß die Beschränkung eines obersten Gerichtshofes, der der Rechtseinheit dienen solle, auf difforme Erkenntnisse der Untergerichte nicht passe, vielmehr den Partikularismus oft unangreifbar machen würde.

Weitere Fragen erörtern aber in dieser Beziehung die Gutachten von Scheele und Reuling.

Ersterer vermag freilich nicht, bei dem noch bestehenden Mangel eines gemeinsamen Civilgesetzbuchs große Bedenken gegen einen gemeinsamen obersten Gerichtshof zu verkennen. Ein oberster deutscher Gerichtshof, bemerkt er (S. 91), werde leicht in Gefahr kommen, ein Urtheil, welches nach den Grundsätzen des in Betracht kommenden Partikularrechtes durchaus gerechtfertigt sei, wegen vermeintlicher Verletzung eines Reichsgesetzes aufzuheben, und in vielen Fällen würden auch gewichtige Competenzweifel vorhanden sein. „Eine reichsgesetzliche Bestimmung, welche auf einen Fundamentalsatz des bürgerlichen Rechts zurückweist, ihn zur Voraussetzung hat, kann im einzelnen Falle deßhalb für unanwendbar erklärt werden, weil die nach dem bürgerlichen Rechte zu beurtheilende Voraussetzung nicht vorhanden ist. In solchem Falle kann nur scheinbar von Verletzung eines Rechtsgesetzes die Rede sein. Demohngeachtet wird hier nicht selten . . . das Rechtsmittel der Oberrevision eingewendet werden.“ Jedenfalls aber könne wegen Verletzung eines nur territorialen, wenn auch immerhin weit sich erstreckenden Rechtssatzes der oberste Gerichtshof, der nur Wächter der auf Reichsgesetzen beruhenden Rechtseinheit im Reiche seinem Begriffe nach sei, niemals kompetent erscheinen. Nach der Bestimmung des Entwurfs sei die Kompetenz des Reichsgerichts aber auch Zufälligkeiten und Schwankungen unterworfen. „Nehmen wir z. B. an, daß die Zunahme der Bevölkerung Sachsens oder eine Vereinigung der Herzogthümer mit dem Königreiche zur Errichtung gemeinsamer höherer

---

[14]) Der Verf. hat indeß, was die Difformität der Erstern betrifft, seine Ansicht später geändert. Verhandlungen des Anwaltstages. S. 93.

Instanzen zwei Revisionsgerichte nöthig machte, so würde von diesem Zeitpunkte an auch gegen die Verletzung sächsisch-rechtlicher Normen das Rechtsmittel der Oberrevisiou statthaft sein."

Das Gutachten Reuling's billigt zwar, daß die Oberrevision nicht beschränkt sei auf die Verletzung eines Reichsgesetzes, und will in dieser Beziehung nur eine andere, positive Fassung des §. 478 des Entwurfs (Beschränkung auf Verletzung eines über eine Provinz hinaus geltenden preußischen Landesgesetzes[15]), des französisch-rheinischen Rechtes und eines Satzes des sog. gemeinen Rechts[16]). Dagegen legt das Gutachten besonderes Gewicht — und unseres Erachtens entschieden mit Recht — auf eine der Thätigkeit des obersten Gerichtshofes zu ziehende innere Schranke. Die sog. Oberrevision, richtiger Nichtigkeitsbeschwerde, könne nicht dieselbe Aufgabe haben, wie die zweite Instanz. Wenn nach den Motiven des Entwurfs die Thätigkeit des obersten Gerichtshofes die ganze Sache frei umfassen solle, ohne daß von den Parteien als rechtsgrundsätzlich verletzend bezeichnete Auffassungen und Annahmen der angegriffenen Entscheidung einen Rahmen bilden sollen für die Prüfung des obersten Gerichtes, so sei dies einerseits ein Uebergreifen auf die konkrete dem obersten Gerichte nicht zukommende Würdigung des Falles, und andererseits eine Belastung des obersten Gerichtshofes mit einer den Anwälten zukommenden Thätigkeit. Habe die preußische Nichtigkeitsbeschwerde bisher Unbefriedigendes geleistet, so liege das nicht an dieser praktisch nothwendigen Schranke, sondern an der zu engen Begrenzung der prozessualischen Nichtigkeiten und in dem Formalismus, daß der Anwalt nun auch die verletzten Rechtssätze genau richtig formuliren müsse. Die Beschränkung auf Verletzung von Rechtsgrundsätzen werde, meint Reuling, schon eine erhebliche Geschäftsentlastung für den obersten Gerichtshof zur Folge haben und in Verbindung mit angemessener Regelung der Kostenfrage hierfür auch ohne Beschränkung der Nichtigkeitsbeschwerde durch Succumbenzstrafen und bestimmte Werthsummen ausreichen.

Die übrigen, ebenfalls sehr beachtenswerthen Gutachten behandeln das Rechtsmittel der Beschwerde, die Zwangsvollstreckung,[17]) die Fristen, die Prorogation des Gerichtsstandes, die Amts- und Handelsgerichte, das schiedsrichterliche Verfahren, das Ehescheidungsverfahren, endlich das Prinzip der

---

[15]) Das dürfte doch auch nicht bestimmt genug sein. Die Kompetenz des Reichsgerichts kann nicht abhängig gemacht werden von der Eintheilung der Regierungsbezirke und ihren Zusammenfassungen zu Provinzen.

[16]) Was ist wohl im Gebiete des sog. deutschen Privatrechts „gemeines Recht", wenn dies mit solcher Schärfe, wie zur Vernichtung eines Urtheils hier erforderlich ist, festgestellt werden soll?

[17]) 1. Soll die Zwangsvollstreckung durch selbständige Beamte ohne Leitung der Gerichte geschehen?

2. Sind die Grundsätze des Entwurfs über die vorläufige Vollstreckbarkeit der Urtheile als angemessen zu bezeichnen?

3. Hat der Grundsatz, daß die Zwangsvollstreckung auch aus anderen Urkunden als Urtheilen stattfindet, in dem Entwurfe eine ausreichende Anwendung gefunden?

4. Ist die Zwangsvollstreckung in Forderungen und andere Vermögensrechte, sowie das Arrestverfahren angemessen geordnet?

5. Sind die Vorschriften über die executio ad faciendum beifallswürdig?

Mündlichkeit.[18]) Nur auf dieses letztere wollen wir hier noch eingehen. Das Gutachten von Stämmler will das Prinzip der Mündlichkeit dahin modifizirt wissen, daß das Gericht auch das in den Schriftsätzen enthaltene Vorbringen berücksichtigen müsse, soweit nicht durch Protokoll festgestellt sei, daß dieses Vorbringen in der mündlichen Verhandlung abgeändert oder weggelassen sei. Nach der Beweisaufnahme soll nach Stämmler ein allgemeines Resumé genügen, und sollen Weglassungen der Partei dann nicht nachtheilig sein. Hänle und Sieger billigen dagegen den Grundsatz der reinen Mündlichkeit (S. 40. 59) und sprechen sich zugleich für vollständige Beseitigung der Eventualmaxime aus, während das Gutachten von Stämmler die Eventualmaxime in abgeschwächter Form noch aufrecht erhalten will.[19])

Die Schrift von

Leopold Schwalenberg (Pseudonym?): Offene Briefe über den Entwurf einer Deutschen Civilprozeßordnung, gerichtet an den Königl. Preußischen Justiz-Minister. Berlin 1872, in Kommission bei Puttkammer u. Mühlbrecht. 76 S. in 8.

will nicht eine gründliche wissenschaftliche Prüfung des neuen Entwurfs, sondern nur einige Schlaglichter und Schlagschatten auf denselben werfen. Verf. verneint zur Zeit das Bedürfniß einer gemeinsamen Civilprozeßordnung, für welche ein gemeinsames Civilgesetzbuch Voraussetzung sei, und welche nur als Vorarbeit für den Einheitsstaat zu betrachten scheint.

Im Uebrigen steht der Verf. durchaus auf dem Boden des bisherigen preußischen Rechts, hält die Mündlichkeit für ein „Trugbild" und glaubt, daß durch fortwährende Zulassung der Nova in erster Instanz der Prozeß zu einem „Monstrum" werden müsse, da Parteien und Advokaten doch nicht idealisirt werden dürften. Für den Civilprozeß, insoweit es sich wesentlich um äußere Thatsachen handele, hält Verf. Beweisregeln für durchaus angemessen, und erachtet den Anspruch der mit dem Urtheil unzufriedenen Partei auf eine volle zweite Instanz für um so berechtigter, als seiner Ansicht nach

---

[18]) Mit folgenden Unterfragen:

1. Ist der von dem Entwurf aufgestellte Grundsatz der reinen Mündlichkeit zu billigen oder sollen die den mündlichen Verhandlungen voraufgehenden Schriftsätze für die Feststellung des Thatbestandes maßgebend sein?

2. Sollen Angriffs- und Vertheidigungsmittel (Einreden, Widerklagen, Repliken) bis zum Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung vorgebracht werden dürfen, auf welche das Urtheil ergeht?

3. Ist der Grundsatz der Beweisverbindung zu acceptiren?

4. Ist die Bestimmung im §. 295 des Entwurfs:

„Die Beweisaufnahme erfolgt vor dem Prozeßgericht"

in der von dem Entwurf angenommenen Ausdehnung gerechtfertigt?

[19]) In den Verhandlungen selbst, deren Abdruck mir soeben zugeht (Verhandlungen des zweiten Deutschen Anwalttages zu Berlin vom 28. u. 29. Dezember 1871. Berlin. Weidmann. 99 S. in 4), ist mit Majorität von etwa ²/₃ das Prinzip der reinen Mündlichkeit verworfen „die Schriftsätze sollen nicht bloß zur Vorbereitung der Parteien und des Gerichts, sondern auch zur Fixirung des Sachverhältnisses dienen" (S. 44 ff.), dagegen angenommen die Beseitigung der Eventualmaxime ohne alle Beschränkung, die Beibehaltung der vollen Appellation (gegen die Appellation sprachen nur Levy, Meibauer (Konitz) und Reuling S. 80 ff.). Bezüglich der Oberrevision gelangte der Antrag Trimborn zur Annahme, daß dieselbe ohne weitere Beschränkung wegen jeder Gesetzesverletzung zulässig sein solle.

That- und Rechtsfrage sich nicht gut trennen lassen. Außerdem kritisirt Verf., der auch die Motive des Entwurfs stark polemisch angreift und ihnen erhebliche Widersprüche zu finden glaubt, besonders die seiner Ansicht nach durchaus verfehlte Oberrevision, namentlich die Beschränkung derselben auf difforme Erkenntnisse und die unklare Vorschrift des §. 479 über das Geltungsgebiet der zur Oberrevision Anlaß gebenden Rechtsnormen. Verf. hält den Entwurf für ein ganz künstliches, den realen Verhältnissen nicht entsprechendes Werk und hebt in formeller Beziehung ihm gegenüber mehrfach Vorzüge des preußischen Entwurfs von 1864 hervor.

Die Schrift von

Dr. Silberschlag (Stadt- u. Kreisgerichtsrath): Die Deutsche Civil-Prozeß-Ordnung, betrachtet mit Rücksicht auf den amtlichen Entwurf und auf die bayerische Prozeßordnung. Berlin. J. Guttentag (D. Collin) 1871. 32 S. in 8.

giebt zunächst eine kurze Geschichte der auf den Civilprozeß bezüglichen Reformbestrebungen in Preußen und erörtert sodann mit anerkennenswerther Objektivität und Klarheit, insbesondere ohne Voreingenommenheit für das preußische Verfahren folgende Fragen:

1. Prozeßbetrieb durch die Parteien oder durch das Gericht, wobei Verf. ersterem den Vorzug giebt; 2. den Anwaltzwang, für dessen Nothwendigkeit Verf. sich entscheidet. 3. Mündlichkeit oder Schriftlichkeit. Hier erachtet Verf. die im Entwurfe angenommene Vorbereitung der mündlichen Verhandlung für ungenügend, empfiehlt dagegen die auch in der bayerischen Prozeßordnung angenommenen motivirten Schlußanträge des französisch-rheinischen Rechts. 4. Die Beweisangabe und Beweisaufnahme im Prozesse. Verf. erklärt sich gegen die Beweisverbindung und gegen das seiner Ansicht nach im Entwurfe zu weit getriebene Prinzip der Beweisaufnahme unmittelbar vor dem erkennenden Gerichte. Hier sei das richterliche Ermessen nicht zu beschränken, um so weniger, als vom Protokolliren der Zeugenaussagen auch deßhalb nicht Abstand genommen werden könne, weil durch Krankheit eines Zeugen u. s. w. auch die Beweisaufnahme leicht eine Unterbrechung erfahren und dann doch nicht von Anfang wiederholt werden könne. 5. Die Eventualmaxime des gemeinen und preußischen Rechts, welche nur einem schriftlichen Verfahren ihre Entstehung verdanken, will Verf. aufgeben, da sie auch zu unbilligen Härten führe. Irgend ein Mittel aber, meint er, müsse es geben, um Verschleppungen entgegen zu treten, und er findet dies in der in der sog. Souverainetät der französischen Gerichte liegenden Zurückweisung späteren Vorringens nach richterlichem Ermessen. 6. Die Rechtsmittel betreffend, so entscheidet Verf. sich für Beibehaltung der vollen Appellation, indem er die Zulässigkeit einer Analogie des Strafverfahrens, die Nothwendigkeit der Beweisaufnahme vor dem erkennenden Gerichte und die historischen Deduktionen der Motive des neuen Entwurfs bestreitet. Statt der auf difforme Erkenntnisse beschränkten Oberrevision des Entwurfs will er die bisherige Nichtigkeitsbeschwerde. Zum Schluß empfiehlt Verf. die Einführung der neuen bayerischen Prozeßordnung, welche bereits in praktischer Wirksamkeit sich befinde und mit dem auch in den Rheinlanden und Belgien bewährt erfundenen französischen Verfahren wesentlich übereinstimme, für Deutschland.

Der Rechtseinheit wegen würde indeß Verf. auch eine mit einigen Mängeln behaftete deutsche Prozeßordnung doch freudig acceptiren.

Die Schrift von

Ebmeier, Obergerichtsrath zu Göttingen: Beweisurtheil oder Beweisverfügung. (Abdruck aus Gruchot's Beiträgen. Neue Folge. I.) Berlin, Vahlen 1872. 24 in 8.

spricht sich mit Entschiedenheit, obwohl der Verf. früher altpreußischer Richter war, für das hannoversche bindende Beweisurtheil aus, das ihm richtige Theilung der Arbeit im Prozesse bedeutet und als Bedingung für die Lebensfähigkeit und Echtheit der Mündlichkeit erscheint.

Die gegen das Beweisurtheil erhobenen Einwendungen hält Verf. bei vorsichtiger Fassung desselben und freier Interpretation aus den Entscheidungsgründen für unzutreffend und beruft sich für die prinzipielle Richtigkeit des hannoverschen Beweisurtheils auf die römischen Formeln und den französischen Beweisbescheid. Diese letztere Berufung ist wohl unrichtig, da die Formula des classischen römischen Prozesses sehr wesentliche Differenzpunkte gegenüber dem gemeinrechtlichen und hannoverschen Beweisurtheile aufweist, und der französische Beweisbescheid mit letzterem überhaupt nicht auf gleiche Stufe zu stellen ist. Die richtige d. h. dem späteren Beweisergebnisse entsprechende Fassung des Beweisurtheils ist aber gerade eine Sache der äußersten Schwierigkeit, und die freie Interpretation würde den Nutzen des ganzen Beweisurtheils aufheben und die Parteien vielleicht geradezu irre führen. (Das Wegfallen des Beweisurtheils erscheint dem Verf. aber noch bedenklicher, wenn auch die Appellation beseitigt und an deren Stelle die Revision des Entwurfs tritt.) Begründeter erscheinen die Bedenken des Verf., insofern er darauf hinweist, daß nach dem Verfahren des Entwurfs Gegenpartei und Gericht sehr oft mit einer großen Masse von Material belastet werden und leicht Vertagungen und Wiederholungen nöthig werden. Letztere sind allerdings der Mündlichkeit gefährlich; doch ist mit der Mündlichkeit — sobald man darunter Mündlichkeit des ganzen Prozesses und nicht etwa nur der einzelnen Prozeßabschnitte versteht — das hannoversche Beweisurtheil mit seinen Konsequenzen auch unvereinbar.

Die Schrift:

Der Einzelrichter. Einige Worte über Gerichts-Organisation und Prozeßordnung von Dr. Friedr. Rathmann, Obertribunalsrath. Berlin 1872. Heymann. 67 S. in 8.

in ihrem ersten Theile (bis S. 22) ein 1838 abgegebenes Votum und S. 55—65 ein Gutachten des Geh.-Rath Dr. Götze über den Einzelrichter bringend, betrachtet als wesentlichste Stütze der Justizpflege den ständigen Einzelrichter, der zugleich Vertrauensmann der Gerichtsangesessenen ist. Abgesehen von den in der Schrift niedergelegten religiös-politischen Anschauungen des Verf., die einer juristischen Discussion sich entziehen, und der im patriarchalischen Sinne empfohlenen idealisirten Stellung des Einzelrichters,[20]) welche immerhin in einzelnen Fällen durch besondere Tüchtigkeit und auch

[20]) Daß die freiwillige Gerichtsbarkeit übrigens den Gerichten (Einzelrichtern) nicht entzogen werden sollte, wird vom Verf. gewiß richtig bemerkt.

dann nur unter besonderen Verhältnissen heut zu Tage noch errungen werden kann, aber als Ausgangspunkt der heutigen Gesetzgebung nicht wohl paßt, mag hervorgehoben werden, daß der Verf. auch auf das Bedenkliche der zu sehr gehäuften Rechtsmittel für Ansehen und Wirksamkeit der Justiz wohl mit Recht hinweist, und daß er nach dem Ermessen des Gerichts auf Antrag und Verantwortlichkeit des Klägers vorläufige Vollstreckbarkeit des Urtheils trotz eingelegter oder einzulegender Rechtsmittel will. Die dritte Instanz — der oberste Gerichtshof — besteht nach des Verf. Ansicht nicht um der Parteien, sondern um des Ganzen willen, und damit nicht durch Geschäftsüberhäufung eine Theilung dieses obersten Gerichtshofes nöthig werde, schlägt Verf. hohe Succumbenzstrafen und Abzüge an dem Honorar des Anwalts vor, wenn das an den obersten Gerichtshof gehende Rechtsmittel zurückgewiesen würde. Der gemeinsame oberste deutsche Gerichtshof soll nach des Verf. Vorschlage bestehen aus einem Senate von 11 Mitgliedern für das gemeine und das preußische und aus einem Senate von 5 Mitgliedern für das französische Recht und, damit er vom Centralpunkte aus von möglichst Vielem unmittelbare Anschauung erhalte, im Centrum des Reichs, in der Hauptstadt seinen Sitz haben.

Die anonyme Schrift:

Der Preußische Kreisrichter ein Subaltern-Beamter. Von einem Richter. 46 S. Berlin 1872. Puttkammer und Mühlbrecht.

bespricht in drastischer Weise die allerdings in mannigfacher Beziehung, wie allgemein anerkannt, der Verbesserung bedürfende Stellung der preußischen Kreisrichter und der Richter überhaupt. Es wird nicht nur auf die Gehalts- sondern auch auf andere Verhältnisse hingewiesen, in denen der preußische Kreisrichter und Richter besonders nachtheilig anderen Beamten-Klassen gegenüber steht. Uns scheint aus solchen Schilderungen zu folgen, daß dem Ansehen und der äußeren Stellung auf die Dauer nur durch eine gründliche Reform des Prozeßverfahrens zu helfen ist, welche das richterliche Amt wieder besser zur Geltung bringt. In einem wahrhaft mündlichen Verfahren, noch mehr z. B. in einem Verfahren, in welchem etwa die Civiljury in großem Umfange Platz findet, muß der Richter von einem Subaltern-Beamten sich doch recht deutlich unterscheiden. Wollen freilich Richter und Juristen überhaupt durchaus in ihren alten Gewohnheiten und Anschauungen verbleiben, so dürfen sie sich nicht wundern, wenn der Staat und die bürgerliche Gesellschaft in dieser Beziehung Gleiches mit Gleichem vergelten. Eine der wesentlichsten Vorbedingungen für eine nicht etwa nur gleichsam als Gnadensache erfolgende Hebung des Richterstandes ist freilich die wirkliche und nicht nur unvollständige Freigebung der Advokatur und Aufhebung des unnatürlichen Verhältnisses, daß das Richteramt in den altpreußischen Provinzen Vorstufe der Advokatur ist.

Kehren wir zurück zu den Hauptpunkten des Entwurfs der Civilprozeßordnung, so scheint sich uns aus den bisherigen Erörterungen Folgendes zu ergeben:

1) Das Prinzip der sog. reinen Mündlichkeit wird voraussichtlich das der neuen Prozeßordnung sein. Freilich ist unserer Ansicht nach weniger Gewicht darauf zu legen, daß das Gesetz den Richter ausdrücklich auf die mündliche Verhandlung als auf die alleinige Grundlage seines Urtheils verweise, als darauf, daß der gesammte Prozeß, dem Prinzipe der Mündlichkeit

gemäß organisirt, von selbst den Schwerpunkt in die mündliche Verhandlung fallen mache. Die Gegner der Mündlichkeit haben vielmehr gewiß Recht, wenn sie behaupten, daß in vielen Fällen die Richter bezüglich des Thatsächlichen doch auf die Schriftsätze rekurriren werden, und daß, da nach dem treffenden Ausdrucke Bähr's die Parteien „in der Person der Anwälte gleichsam von Kopf bis zu Fuß maskirt[21]) auftreten, man ihnen im Civilprozesse gar nicht wehren kann, formelle Erklärungen zu verlesen oder den Inhalt der Schriftsätze wörtlich zu wiederholen, mag das Gesetz darüber bestimmen, was es will; daß es auch eine Lächerlichkeit ist, wenn etwa in einer Gerichtssitzung Inventarien mit hunderten von einzelnen Gegenständen vorgelesen werden, damit der Mündlichkeit Genüge geschehe. Es ist auch ebenso wahr, daß ungenügende schriftliche Vorbereitung der Tod wahrhaft mündlicher Verhandlung werden wird. Allein einer eingewurzelten Schriftlichkeit gegenüber kann die Gesetzgebung dem nur schriftlich Vorgebrachten die Garantie der Berücksichtigung durch den Richter selbst dann nicht ertheilen, wenn die Partei erschienen ist. Eine andere Frage aber ist es, ob die Partei ohne alle Schranken von dem in den Schriftsätzen Vorgetragenen abweichen darf. Ein zu enges Binden an die Schriftsätze würde freilich die mündliche Verhandlung tödten; aber die durch Abweichungen veranlaßten Vertagungen und dann gesetzlich nothwendigen, faktisch aber nicht vorgenommenen Wiederholungen sind gleichfalls der Mündlichkeit gefährlich. Beide auf entgegengesetzten Seiten stehende Klippen muß die Gesetzgebung vermeiden, und wenn man in Hannover ohne alle Beschränkung des mündlichen abweichenden Vorbringens ausgekommen — freilich doch auch mit nicht ganz unerheblichen Verschleppungen des Prozesses —, so ist dabei die Theilung des Prozesses durch das Beweisurtheil, welche künftig wegfallen soll, von erheblicher Bedeutung. Die neue baierische Prozeßordnung scheint in den daselbst angenommenen s. g. motivirten Anträgen doch eine etwas festere Basis der mündlichen Verhandlung zu geben, als wir dieselbe in den Bestimmungen des Entwurfs finden, nach welchen die Schriftsätze vor der Verhandlung regelmäßig nur aus Klage und Klagebeantwortung bestehen, und außerdem ist die baierische Prozeßordnung erst zu kurze Zeit in Kraft, um in dieser Beziehung die Probe bestanden haben, zumal da es bei Aufhebung des Wustes und Ballastes des gemeinen Prozesses auch einer mangelhaften Prozeßordnung nicht an anderweit begründetem Lobe fehlen wird. Das französisch-rheinische Recht aber kürzt den Beweis bekanntlich sehr ab, und doch hat das französische Recht die s. g. Souverainetät der Gerichte. Daß aber die Eventualmaxime des gemeinen und preußischen Prozesses mit einem wahrhaft mündlichen Verfahren unvereinbar ist, findet jetzt mehr und mehr vollständige Anerkennung.

2) Die Aufhebung der bisherigen Appellation wird von dem Unter-

---

[21]) Diese Maske ließe sich freilich, wie das Beispiel des heutigen englischen und amerikanischen Rechts zeigt, recht gut einigermaßen heben, wenn man die Vernehmung der Parteien als Zeugen in eigener Sache einführen wollte. Es kann das aber freilich nicht schon im Anfange des Prozesses geschehen.

zeichneten im Prinzipe durchaus gebilligt,[22]) und ist er der Meinung, daß wesentlich nur die Neuheit der Sache in Deutschland ihr so viele Gegner erweckt. Die Justiz wird mit der Beschränkung der zweiten Instanz auf eine Revisio in jure auch keineswegs auf den „Kreisrichter“ gebracht, vielmehr voraussichtlich die Rolle der gegenwärtigen „Kreisrichter“ aus der Justiz entfernt werden; denn nichts ist mehr geeignet, die Justiz als ein Spiel des Zufalls erscheinen zu lassen, als die Theilung der Verantwortlichkeit zwischen verschiedenen Instanzen und die Herabsetzung der ersten Instanz auf eine bloße „Versuchsstation“. Wenn aber die Revisionsinstanz die gesammte konkrete rechtliche Beurtheilung umfassen muß, so ist wohl in dieser Hinsicht, wenngleich vielleicht die Fassung einer größeren Deutlichkeit fähig erscheint, dem Entwurfe sachlich ein Fehler nicht nachzuweisen und stimmen wir hierin den Ausführungen Levy's bei, während Bähr's Auffassung des Entwurfs hier auf einem Mißverständnisse beruhen dürfte. Die mit der Aufhebung der Appellation in Verbindung stehende Beweisaufnahme unmittelbar vor dem erkennenden Gerichte halten wir trotz der mannigfachen, dagegen erhobenen Einwendungen für eine Sache der höchsten Bedeutung.

Wenn man sagt, diese unmittelbare Beweisaufnahme sei da, wo es sich, wie oft im Civilprozesse, um ganz einfache äußere Fakta handle, gleichgültig, so mag das an sich richtig sein, beweist aber gar nicht gegen das Prinzip, welches ja keineswegs ausschließt, daß — namentlich mit Einverständniß der Parteien — man nicht oft auch mit einer kommissarisch oder durch Requisition erfolgenden Zeugenvernehmung sich begnüge. Aber das Gericht darf nicht deshalb die unmittelbare Zeugenvernehmung unterlassen, weil dieselbe zu viel Zeit erfordern würde. Und in allen wirklich schwierigen Fällen ist es doch ganz wesentlich, selbst den Zeugen zu sehen und zu hören. Das erkennt man auch in Frankreich sehr wohl an. Die Hauptsache aber ist, daß durch fortwährende Rücksicht auf die zweite Instanz die Bedeutung der ersten innerlich geschädigt wird, während die zweite nothwendiger Weise in den meisten Fällen ein weit weniger frisches Bild des Sachverhalts erhalten wird.

Anders aber steht es mit folgenden Bedenken, in denen wir zum Theil wenigstens den geistvollen Ausführungen Bähr's (und bezw. v. Mittelstädt's) Recht geben müssen.

Erstens scheint auch uns die in dem Entwurfe vorgesehene Anfertigung des Thatbestandes nur ungenügende Bürgschaften darzubieten. Die Vertheidigung des Entwurfs durch Levy verstärkt hier unseres Erachtens den Angriff Bähr's. Wenn das Revisionsgericht aus dem Thatbestande andere rechtliche Schlüsse zu ziehen berechtigt ist, dagegen den Thatbestand gelten lassen muß, so erscheint der Letztere als die Hauptsache des ganzen Urtheils — wenigstens der ersten Instanz, insofern die Partei überhaupt eine zweite Instanz beschreiten will — etwa so wie im schwurgerichtlichen Verfahren das Verdikt,

---

[22]) Die Ausführungen des Unterzeichneten in Recht u. Beweis im Civilprozesse S. 81—98 u. S. 230 stimmen wesentlich überein mit den Motiven des neuen Entwurfs S. 238—249. Siehe aber auch schon das ältere Gutachten von Prof Planck in den Verhandlungen d. zweiten deutschen Juristentags I, S. 71—78, wo mehrere Hauptgründe vorzüglich zusammengestellt sind.

bei offenstehender Nichtigkeitsbeschwerde wichtiger ist, als das auf das Verdikt basirte Urtheil der Richter. Diese Basis kann man nicht hinterher einseitig durch den Richter anfertigen lassen. Die Art und Weise, wie in Hannover die Thatbestände der Urtheile angefertigt werden, und die nicht so gar weit von der Bährschen Schilderung abweichen dürfte, kann ausreichen, wenn der ganze Streit durch Appellation in eine neue Instanz gebracht werden kann, für eine Nichtigkeitsbeschwerde aber nicht, welche in dieser Hinsicht jegliche Remedur ausschließt. Die Erfahrung in Hannover kann auch gar nichts beweisen, da es nach der hannoverschen Prozeßordnung überhaupt keine Nichtigkeitsbeschwerde wegen Verletzung eines materiellen Rechtssatzes giebt. Besser erscheint vielleicht hier noch das französische Qualitätenverfahren.[23]) Der Unterzeichnete hat bereits früher ein Verfahren angedeutet, nach welchem unter Mitwirkung der Parteien der Thatbestand gleichzeitig mit dem Urtheil oder auch vorher festgestellt werden könnte.[24])

Zweitens, wenn ein einziges Kollegium über den Beweis ohne irgend welche Kontrole entscheidet, so ist allerdings, wie man Bähr zugestehen muß, die Gefahr nicht ganz abzuweisen, daß die doch nothwendige Beurtheilung des Beweises nach objektiven Gründen sich nicht in eine Beurtheilung nach rein subjektiven Eindrücken und vorgefaßten Meinungen verflüchtigen und dann selbst die Lehre von der Beweislast beseitigen könne. Dagegen muß Vorkehr getroffen und in gewissen äußersten Fällen wenigstens wegen mangelhafter Grundlage des als angeführt angenommenen Beweises eine Vernichtung des Urtheils durch das Revisionsgericht, welcher dann eine neue Verhandlung vor einem anderen Untergericht zu folgen hätte, gewährt werden.[25])

Endlich könnte neben der Befugniß der Parteien, die Zeugen schon vor der Hauptverhandlung provisorisch und ohne Eid durch den Einzelrichter nach Bewilligung des Prozeßgerichts vernehmen zu lassen,[26]) auch ein Nachtragsverfahren, d. h. mit anderen Worten eine Restitution bewilligt werden. Doch liegt unseres Erachtens für die immer nicht unbedenkliche Hilfe durch eine mehr oder weniger nach schwankenden Billigkeitsgründen zu ertheilende Restitution kein genügendes Bedürfniß vor, wenn die Parteien durch vorläufige Beweiserhebung und ein ganz freies Prozeßverfahren einerseits wissen, warum es sich auf Seiten des Gegners handelt, und andererseits Alles, was sie für dienlich halten, bis zum Urtheil vorbringen können.

---

[23]) Vgl. auch das Gutachten von Hänle (in dem Gutachten für den Anwalttag.) S. 39—40.

[24]) Bar, Recht und Beweis im Civilprozesse S. 184 ff. Der daselbst gemachte Vorschlag bedarf allerdings bei dem Systeme der reinen Mündlichkeit einer Modifikation.

[25]) Auf dem 9. Juristentage hatte ich vorgeschlagen, dem Revisionsgerichte die Befugniß zu geben, durch einstimmigen Beschluß auch das Urtheil des Untergerichts über die Beweisfrage aufzuheben, und die Sache in die erste Instanz (selbstverständlich an ein anderes Gericht) zurückzuverweisen, wenn seiner Ansicht nach der Beweis offenbar falsch beurtheilt wurde. Vgl. Verhandlungen S. 312.

[26]) Vgl. darüber Bar, Recht und Beweis im Civilprozeß, S. 124, 125 und 256. Auf dem letzten Juristentage stellte Werenberg einen auf dies Verfahren bezüglichen Antrag. Verhandl. S. 315 ff.

3) Die Vorschriften des Entwurfs über die Oberrevision sind nach der Ansicht der meisten Beurtheiler fehlerhaft. Wie namentlich von Reuling treffend nachgewiesen ist, muß der oberste Gerichtshof beschränkt sein auf Vernichtung wegen rechtsgrundsätzlich falscher Entscheidungen der zweiten Instanz. Der oberste Gerichtshof dient eben der Erhaltung der Rechtseinheit, nicht wesentlich zunächst dem Rechte der Partei. Von diesem Gesichtspunkte aus ist es auch von den Beurtheilern fast einhellig als ein Grundfehler bezeichnet, wenn der Entwurf das auf einen ganz anderen Zweck des obersten Gerichtshofes berechnete und für eine Nichtigkeitsbeschwerde — denn etwas Anderes kann die Oberrevision nicht wohl sein — nicht passende Prinzip der difformen Erkenntnisse zur Beschränkung seiner Oberrevision heranzieht, ganz abgesehen davon, daß das Prinzip theoretisch wenig haltbar ist. Am schwierigsten ist die Frage zu beantworten, ob nur wegen Verletzung eines Reichsgesetzes Oberrevision stattfinden solle. Daß die Vorschrift des Entwurfs über die territoriale Ausdehnung der verletzten Rechtsnormen, welche zur Oberrevision Anlaß geben sollen, so wie sie sind, nicht wohl bleiben können, ist außerdem klar. Prinzipiell kann das Reichsgericht nie die Aufgabe haben, partikulare Rechtsnormen zu schützen — und partikulare sind vom Standpunkte des Reichsrechts aus alle nicht reichsgesetzlichen Rechtsnormen, ein Punkt, der ganz vortrefflich in dem auch die mangelhafte Fassung des §. 479 des Entwurfs beleuchtenden Gutachten von Scheele dargelegt ist.[27]) Gegen Diejenigen aber, die ohne Weiteres den obersten Gerichtshof gegenüber allen Rechts- oder Gesetzverletzungen kompetent machen wollen,[28]) möchten wir geltend machen, daß ein oberster mit Geschäften überladener oder nicht mit genügender Auswahl der Kapazitäten besetzter Gerichtshof für das ganze Reich ein **wahres Unglück** werden, die Rechtswissenschaft durch die Massenhaftigkeit ungenügend verarbeiteter Präjudizien erdrücken, zugleich aber die wahren Interessen des Rechtsverkehrs auf das Entschiedenste schädigen könnte. Schon jetzt erregt das Präjudizienwesen mannigfache Bedenken. Auch in den Urtheilen oberster Gerichtshöfe sind oft die Entscheidungen selbst richtig, die Entscheidungsgründe mangelhaft; denn wie Bähr sehr richtig bemerkt, die wahre Bedeutung der Praxis ruht immer in der Entscheidung des konkreten Falles, und diesem wahren Satze ist auch der oberste Gerichtshof nicht ganz entzogen. Das Präjudizienwesen aber fabrizirt aus schlechten Entscheidungsgründen neue schlechte Entscheidungen. Auch sind die Gerichtshöfe gar nicht dazu da, partikulare Rechtsverschiedenheiten abzuschleifen. Diese nur der Gesetzgebung zukommende Aufgabe kann von einem Gerichtshofe nur durch Willkür oder Unkenntniß erfüllt werden, und beides kann doch weder der Rechts-

---

[27]) Allerdings erregen die allmähligen Kompetenzerweiterungen durch den Erlaß neuer Reichsgesetze, wenn die Kompetenz auf die Reichsgesetze sich erstreckt, auch große Bedenken, wie der Referent (Prof.. Gneist) auf dem letzten Juristentage (Verhandlungen S. 337) schon richtig bemerkte. Bei dieser Kompetenzregulirung wird die Besetzung des Reichsgerichts mit Kapazitäten große Schwierigkeiten haben.

[28]) Vgl. die Verhandlungen des Anwalttages S. 89. ff. Nach dem Wortlaut des angenommenen Antrags soll der oberste Gerichtshof kompetent sein bei jeder Gesetzverletzung.

pflege noch dem Rechtsbewußtsein des Volkes förderlich sein, und wenn das Prinzip der difformen Erkenntnisse auch ein fehlerhaftes für den gemeinsamen obersten Gerichtshof ist, so muß man andererseits doch anerkennen, daß dabei allerdings jene wahrlich nicht geringe Gefahr für die deutsche Rechtswissenschaft und Rechtspflege — denn die Interessen beider sind identisch — beseitigt sein würde.

Die zweckmäßige Kompetenzregelung für das oberste Reichsgericht ist, wie man sieht, wahrlich keine ganz leichte Sache, und die Erörterung darüber scheint noch keineswegs sachlich abgeschlossen. Unterzeichneter behält sich vor, seine Ansichten darüber demnächst besonders darzulegen.

Breslau, den 3. März 1872.

L. v. Bar.

3.

Dr. Emil Friedberg, der Staat und die katholische Kirche im Großherzogthum Baden seit dem Jahre 1860. Mit amtlichen Aktenstücken. Leipzig, Duncker und Humblot, 1871. XII und 537 S. in Octav.

Die Kirchenfrage steht heuer in Deutschland so ziemlich allerorten auf der Tagesordnung. Sie beschäftigt nicht bloß die hauptsächlichsten Staaten des Reichs, sondern trotz des altum silentium der Reichsverfassung über kirchliche Angelegenheiten auch das Reich selbst. Auf den Landtagen wie im Reichstage werden staatskirchenrechtliche, kirchenpolitische, gelegentlich auch dogmatische Kontroversen mit Eifer, ja mit Erbitterung verhandelt; unter kirchlichem Panier sahen wir, noch ehe der Friede mit Frankreich errungen war, die Wähler einer bestimmten Richtung zur Wahl, die Gewählten in den Reichstag und in die Landtage ziehen; kirchlich-religiöse Erörterungen füllen die Spalten unserer gegen Themen dieser Art sonst allzuspröden Zeitungen.

Es wäre irrig, die Ursache dieser Bewegung, unter welcher, nach dem bezeichnenden Worte des neuen preußischen Cultusministers, der Erdball erzittert, lediglich in der päpstlichen Unfehlbarkeitserklärung zu erblicken. Dieser Akt, dessen Zusammentreffen mit der französischen Kriegserklärung allezeit als eine der wunderbarsten Fügungen der Weltgeschichte in Erinnerung bleiben wird, hat die Schwierigkeiten, von denen das Verhältniß zwischen Staat und Kirche starrt, weder geschaffen noch im Wesentlichen vermehrt. Ueberwiegend dogmatischer Natur, hat die Lehre von der Unfehlbarkeit des in Glaubenssachen dekretirenden Papstes für den alten Grenzstreit der weltlichen und der geistlichen Gewalt nur eine indirekte Bedeutung, indem sie das Unzulängliche der beiderseitigen Positionen an schlagenden, allgemein verständlichen Beispielen veranschaulicht. Das Bedürfniß nach einer befriedigenden Auseinandersetzung des Staates und der Kirche, auf protestantischer Seite bekanntlich nicht minder lebhaft empfunden als bei den Katholiken, ist durch die neuesten Vorgänge innerhalb der katholischen Kirche in den Vordergrund des politischen Interesses gerückt worden; dies Bedürfniß entspringt jedoch einem historischen Entwickelungsgange, der nach Jahrhunderten zählt, und in welchem auch die Bestrebungen

unserer Tage voraussichtlich nur eine Phase zu bilden, aber nicht den endlichen Abschluß zu erreichen bestimmt sind.

Soweit die Ansichten über den Weg, den die Gegenwart einzuschlagen hat, auch auseinander gehen: darüber herrscht augenblicklich kein Zweifel, daß es umfassender, in viele Verhältnisse des öffentlichen Lebens tief eingreifender Arbeit der Gesetzgebung bedarf, um das schwere Werk dieser Auseinandersetzung zu einem irgendwie nachhaltigen Ergebniß zu fördern. Schlagworte, wie die Einheit des Staatsbegriffs, oder wie die Trennung der Kirche vom Staat, reichen wohl hin zur Bezeichnung der entgegengesetzten Systeme, die bei der Lösung dieser schwierigen Aufgabe befolgt werden können. Aber es war ein verhängnißvoller Irrthum, die Aufgabe selbst schon darum für gelöst zu halten, weil man sich für das eine oder andere dieser Systeme entschieden hatte. Dieser Irrthum wird gegenwärtig grade da am klarsten eingesehen, wo das Schlagwort des Systems die Geltung einer Vertragsbestimmung erlangt hat, die gesetzliche Durchführung aber unterblieben ist. Die Folgen solcher Unterlassungssünden treten jetzt, wo man sich vergebens nach dem schützenden Obdach haltbarer Spezialgesetze umsieht, so empfindlich zu Tage, daß es neuerdings einigermaßen üblich geworden ist, von dem Werthe jener grundgesetzlichen Verfassungsnormen geringschätzig zu sprechen, uneingedenk, wie viel edle Kraft an ihre Erringung darangesetzt worden ist, und als ob das Fundament eines Baues, dessen weitere Ausführung sich verzögert hat, darum schlecht sein müßte. Wäre es nicht nützlicher, Richtscheit und Kelle frisch zur Hand zu nehmen, statt auf's Neue über den Bauplan zu streiten? Oder glaubt man etwa, daß der Bau rascher von Statten gehen und besser gerathen werde, wenn man es überhaupt aufgiebt, einem bestimmten Plane zu folgen, und sich darauf beschränkt, den jeweilig am stärksten hervortretenden Uebelständen durch gelegentliches Flick- und Stückwerk nothdürftig abzuhelfen?

Bei dem unfertigen und wirren Zustande, in welchem sich die staatskirchenrechtlichen Verhältnisse zumeist befinden, ist es doppelt lehrreich, den Blick auf Länder zu wenden, in denen das Werk der Auseinandersetzung zwischen Kirche und Staat rüstig in Angriff genommen und konsequent durchgeführt worden ist. Unter diesen Ländern steht in Deutschland sowohl in dem Verhältniß zur katholischen als auch in dem zur evangelischen Kirche, das Großherzogthum Baden obenan. In diesem Staate, der auf politischem wie auf kirchlichem Gebiete unter allen deutschen Ländern am meisten von den Sturmfluthen der Bewegung des Jahres 1848 und von deren Rückschlage zu leiden gehabt hat, ist es seit 1860 dem besonnenen aber thatkräftigen Vorgehen von Staatsmännern, deren Wirksamkeit durch eine schöne Eintracht zwischen Fürst und Landesvertretung nachhaltig unterstützt wurde, gelungen, die Rechte des Staates gegenüber der evangelischen und der katholischen Kirche durch eine umfassende gesetzgeberische Thätigkeit klar abzugrenzen und dauernd zu befestigen. Die Durchführung dieses Werkes verdient um so größere Beachtung, als die badische Regierung dabei, was das Verhältniß zur katholischen Kirche anbetrifft, den äußersten Widerstand eines ebenso zähen als energischen Gegners zu überwinden hatte, der kein Mittel unversucht ließ, um seine Ziele durchzusetzen, während der Regierung durch die Stellung des

evangelischen Landesherrn zu der zur größeren Hälfte katholischen Bevölkerung vielfach weitgehende Rücksichten auferlegt wurden.

Wenn uns nun jetzt, wo diese große Arbeit in Baden als abgeschlossen anzusehen ist, während in der Mehrzahl der übrigen deutschen Staaten, vor Allem in Preußen, dringender als je Veranlassung vorliegt, sie endlich in Angriff zu nehmen, eine aktenmäßige Darstellung der badischen Vorgänge zu Theil wird, so liegt auf der Hand, wie willkommen eine solche Veröffentlichung gerade im gegenwärtigen Augenblicke sein muß. Als eine der lehrreichsten staatskirchenrechtlichen Aktionen der neueren Zeit an sich von hohem Interesse, gewinnt die Auseinandersetzung des Staats mit der katholischen Kirche in Baden für Deutschland durch die gegenwärtige Lage der Verhältnisse eine geradezu typische Bedeutung. Natürlich nicht, als ob wir meinten, das Prinzip, auf dem die badische Staatskirchengesetzgebung beruht, und den Inhalt dieser Gesetze als Vorbild oder gar als Schablone für diejenigen deutschen Staaten zu empfehlen, bei denen die gesetzliche Regelung des Verhältnisses zur katholischen Kirche noch aussteht. Diese Regelung muß in jedem einzelnen Staate dem individuellen Wesen desselben entsprechen. Wohl aber vermag die Einsicht, mit der man in Baden den Weg der Staatsgesetzgebung als den allein richtigen zur Lösung der schweren Aufgabe erkannt hat, und die Ausdauer, mit welcher dieser Weg bis zur völligen Erreichung des Ziels unbeirrt innegehalten worden ist, auch den größten deutschen Ländern als Muster zu dienen.

Ist die Herausgabe der badischen Aktenstücke hiernach in erster Linie von politischer Bedeutung, so ist ihr wissenschaftlicher Werth ebenfalls nicht gering anzuschlagen. Der hervorragende Kanonist, dem wir diese Publikation zu verdanken haben, ist grade für das Grenzgebiet von Kirche und Staat und für das judicium finium regundorum zwischen Beiden durch frühere rechtsgeschichtliche und dogmatische Arbeiten als Sachverständiger allgemein bekannt. Bei der Auswahl und Bearbeitung des ungemein reichhaltigen Urkundenmaterials, welches ihm die badische Regierung unbegrenzt mittheilte, befand sich der Herausgeber nicht nur auf seiner eigentlichen Domäne, sondern er war auch in der günstigen Lage Vorgänge zu behandeln, von denen er während seiner Professor in Freiburg zu einem nicht geringen Theil Augenzeuge gewesen war. Diese persönliche Stellung des Verfassers ist der Arbeit in jeder Hinsicht zu Gute gekommen. Prof. Friedberg hat sich nicht darauf beschränkt, die ihm anvertrauten Aktenstücke zu sichten und nach wissenschaftlichen Gesichtspunkten zu ordnen, sondern er hat dieselben zu einer fortlaufenden Darstellung verwerthet, welche die hauptsächlichen Streitpunkte zwischen der Regierung und dem Freiburger Erzstift und ihre Erledigung in einer ebenso übersichtlichen als vollständigen Relation vorführt und unter Erörterung der staats- und kircheurechtlichen Grundsätze kritisch beleuchtet. Abgesehen von seinem Werthe als Urkundensammlung darf daher das vorliegende Buch als ein beinah vollständiges Kompendium des Staatskirchenrechts bezeichnet werden. Unsere jüngeren Juristen, deren vorwiegend, ja oft ausschließlich privatrechtliche Vorbildung vielfach als ein bedenklicher Mangel empfunden wird, finden hier Gelegenheit, in einem der Wirklichkeit entlehnten Staats- und Kirchenrechtspraktikum ersten Ranges sich über eine Reihe der

wichtigsten und brennendsten Kontroversen des öffentlichen Rechts gründlich zu orientiren.

Das Buch zerfällt in zwei Abtheilungen, deren kleinere in zwölf Kapiteln die Darstellung der wesentlichsten Streitpunkte enthält, während in der größeren (an 300 Seiten in sehr kompressem Druck) die Aktenstücke, und zwar sowohl der Schriftwechsel zwischen den Staatsbehörden und der geistlichen Stelle als auch die Gesetze mit den Ausführungsbestimmungen, vollständig oder in ausreichendem Auszuge, als Beilagen folgen. — Bekanntlich hatte die badische Regierung die Wirren, in welche das Land durch den Konflikt mit dem Erzbischof von Freiburg gerathen war, anfänglich durch den Abschluß eines Konkordats mit Rom zu schlichten gesucht. Als dasselbe an dem energischen Widerstande der Bevölkerung des Landes scheiterte, entschlossen sich die Staatsmänner, denen Großherzog Friedrich in diesem kritischen Augenblick die Leitung der Staatsgeschäfte übertrug, die staatskirchlichen Verhältnisse auf dem Wege der Gesetzgebung zu regeln. Sie legten der Landesvertretung im Mai 1860 eine Reihe von zusammenhängenden Gesetzentwürfen vor, welche die rechtliche Stellung der Kirchen und kirchlichen Vereine, die Mitwirkung des Staats bei Besetzung kirchlicher Stellen, die Einführung der (Noth-) Civilehe, die Erziehungsrechte in Bezug auf die Religion der Kinder, die Bestrafung von Amtsmißbräuchen der Geistlichen und die verfassungsmäßige Garantie der rechtlichen Stellung der Kirchen betrafen. Mit Ausnahme des letzten wurden diese Entwürfe mit geringen Modifikationen von der Landesvertretung angenommen. Die fünf am 9. Oktober 1860 publizirten Gesetze, unter denen das erste, über die rechtliche Stellung der Kirchen und kirchlichen Vereine im Staate, weitaus das wichtigste ist, bilden die Grundlage des gegenwärtigen badischen Staatskirchenrechts. Sie beruhen sämmtlich auf der Auffassung, daß den beiden christlichen Kirchen zwar möglichst freie und selbstständige Stellung im Staate, aber keine Trennung vom Staate zu gewähren sei. Während daher, schon um Konflikte zu vermeiden, die Berührungspunkte zwischen dem Staate und den Kirchen auf das Maß des Nothwendigen zurückgeführt wurden, die bisherige bureaukratische Bevormundung durch den Staat nach Möglichkeit vermieden werden sollte, wurde an der Unterordnung der Kirchen unter die Souveränetät des Staates mit Entschiedenheit festgehalten. Und zwar wahrte sich der Staat die freie Entschließung nicht nur auf solchen Gebieten, auf denen, wie auf dem des öffentlichen Unterrichts, das staatliche Element seiner Natur nach vorwiegt, sondern der Staat erachtete es gegenüber dem großen Einfluß der beiden bevorrechtigten Kirchengesellschaften auch für geboten, sich seine Mitwirkung in innerkirchlichen Angelegenheiten in mehrfacher Beziehung zu wahren. Wie für das Verhältniß zur evangelischen Kirche das landesherrliche Kirchenregiment, wenn auch unter erheblichen Beschränkungen, beibehalten wurde, so blieb für die katholische Kirche das landesherrliche Patronat, die staatliche Genehmigung zur Errichtung religiöser Orden und klösterlicher Institute bestehen, es wurde für kirchliche Verordnungen, welche in bürgerliche oder politische Rechte eingreifen, das staatliche Placet, für sämmtliche kirchliche Verordnungen gleichzeitig mit ihrer Publikation die Mittheilung an die Staatsregierung als nothwendig erklärt, das kirchliche Vermögen der gemeinsamen staatlichen und kirchlichen Leitung unterstellt. — Wie man sieht, weicht die in diesen Gesetzen

ausgesprochene Auffassung wesentlich von den Grundsätzen ab, welche die preußische Verfassung als Norm für die Regelung des Verhältnisses zwischen Staat und Kirche aufstellt. Prof. Friedberg erkennt hierin ein Hauptverdienst der badischen Regierung; er preist sie, daß sie den Muth gehabt habe, von den „landläufigen Wegen des Liberalismus" abzuweichen, und spricht herbe Worte über die Verblendung der „liberalen Doktrinäre" in Preußen, die trotz alles Unsegens, welcher jener Verfassungsbestimmung entströmt sei, an derselben festhalten. Es kann nicht unsere Absicht sein, mit dem Verfasser an dieser Stelle in eine Erörterung über die Prinzipien der staatskirchlichen Gesetzgebung einzutreten. Seinem absprechenden Urtheil über die preußischen Zustände scheint unsere augenblickliche Lage volle Berechtigung zu geben. Allein wir müssen doch daran erinnern, daß in Preußen jene Verfassungsbestimmungen bisher, und zwar wahrlich ohne die Schuld der Liberalen, ohne gesetzliche Ausführung geblieben sind. Durch das Vorwiegen der reaktionären Bestrebungen in den fünfziger Jahren, dann durch die schweren Konflikte über die Heeresorganisation und das Budgetrecht, endlich durch die gewaltigen Ereignisse seit 1866 hat die staatsrechtliche Gesetzgebung Preußens in dem Momente, wo sie die höchste Kraft zu entfalten gehabt hätte, um die in der Verfassungsurkunde niedergelegten Grundsätze in Fleisch und Blut des Landesrechts hineinzuführen, eine mehr als zwanzigjährige Sistirung erlitten, deren Folgen nunmehr auf allen Gebieten des öffentlichen Lebens als eine ernste Gefahr empfunden werden. Abgesehen von diesem allgemeinen Hemmniß sind unserm Staatskirchenrecht noch besondere Schwierigkeiten durch die wechselnden Strömungen in der Verwaltung der staatskirchlichen Angelegenheiten und durch den großen Einfluß der konfessionalistischen Richtung bereitet worden. Alle diese Umstände lassen es als eine unabweisliche Pflicht des Staates erkennen, mit der gesetzlichen Regelung seines Verhältnisses zur Kirche, und zwar zur evangelischen wie zur katholischen, nicht länger zu säumen. Allein die Erfahrungen der letzten zwanzig Jahre können in keiner Weise als Beweis dafür angerufen werden, daß diese Regelung in Preußen auf einer anderen Grundlage als auf derjenigen der Verfassungsurkunde erfolgen müsse. Ebensowenig läßt sich aus dem Beispiel Badens für die ganz anders gestalteten Machtverhältnisse des preußischen Staats die Nothwendigkeit einer stärkeren Unterwerfung der Kirchen unter die Staatsgewalt herleiten. Das Streben nach Trennung der Kirche vom Staat ist historisch von jüngerm Datum als die territorialistische Unterordnung der Kirche unter den Staat, aber es hat ebenso gut seine geschichtliche Berechtigung und läßt sich nicht, wie Prof. Friedberg will, mit dem Scheltwort einer selbstgefertigten Theorie abfertigen.

Uebrigens ist der badische Vorgang die beste Illustration dafür, daß dem Staate auch bei starkem Betonen seiner jura circa sacra Kämpfe mit der katholischen Kirche keineswegs erspart bleiben. Jeder Abschnitt des Friedberg-schen Buches liefert hierfür reiche urkundliche Belege. — Ueber die Besetzung der Pfründen war nach langem Streit im Jahre 1861 auf der Grundlage der Gesetzgebung von 1860 ein Abkommen zwischen der Regierung und dem Erzbischof zu Stande gekommen, wonach ein Theil der Stellen, und zwar mehr als die Hälfte der Gesammtzahl, der landesherrlichen Präsentation, ein zweiter Theil der freien Kollation durch den Erzbischof zugewiesen wurde, während für den Rest die Bewerbung bei der Regierung erfolgen sollte, welche

die Namen der Kandidaten der geistlichen Behörde mitzutheilen und die ihr etwa in bürgerlicher oder politischer Beziehung Mißliebigen unter Angabe des Grundes zu bezeichnen versprach. Bezüglich der ihrer Präsentation unterliegenden Stellen hatte die Regierung sich geneigt erklärt, die Liste der Bewerber in der Regel vorher dem Ordinariat mitzutheilen, damit dasselbe sich über die Würdigsten und Tauglichsten unter den Bewerbern gutachtlich äußere. Dieses Abkommen hat die Konflikte über die Pfründenbesetzung keineswegs zu beseitigen vermocht. Das Streben der Kurie bleibt vielmehr nach wie vor darauf gerichtet, auch bei denjenigen Stellen, die der landesherrlichen Präsentation unterlagen, lediglich ihr genehme Bewerber durchzusetzen. Theilte nun die Regierung die Liste der Bewerber um eine solche Stelle mit, so bezeichnete der Erzbischof mehrere Kandidaten als ganz besonders qualifizirt; richtete die Regierung ihr Augenmerk auf andere als diese, so verweigerte die geistliche Behörde jede Auskunft, und präsentirte endlich die Regierung dennoch einen solchen, so wurde derselbe durch Urtheile der geistlichen Behörden für unfähig zur Verwaltung der betreffenden Stelle erklärt. Unter den im zweiten Kapitel unseres Buches mitgetheilten Beispielen dieses Verfahrens ist der Streit über die Besetzung der Stephanspfarrei in Konstanz von besonderm Interesse, weil sich unter den dazu gehörigen Aktenstücken die in drei Instanzen ergangenen Erkenntnisse der geistlichen Gerichte befinden (S. 253 ff.), unter denen sich vornehmlich das Urtheil des als Appellationsrichter fungirenden Bischofs von Rottenburg von Bedeutung ist.

Die Streitfrage über die Prüfung der Geistlichen, denen die Regierung auf Grund des Gesetzes vom 9. Oktober 1860 den Nachweis allgemeiner wissenschaftlicher Vorbildung vor einer Staatsprüfungskommission auferlegte, während der Erzbischof hiergegen erst protestirte und dann seinem Klerus geradezu verbot, sich der Staatsprüfung zu unterziehen, bildet den Inhalt des dritten Abschnittes. Der vierte giebt in der Geschichte des Lehrinstituts Adelhausen ein wahres Spicilegium von Konflikten über die Behandlung der aus Klosterstiftungen hervorgegangenen Unterrichtsanstalten, wobei namentlich der Streit über die Ertheilung des Religionsunterrichts als Gegenstück zu dem bekannten Wollmann'schen Falle an dem Gymnasium in Braunsberg Beachtung verdient. Die Klosterfrage und die Ehefrage, in welcher die Regierung, um den Widerstand des Klerus zu brechen, sich genöthigt sah, von der anfänglich eingeführten Noth-Civilehe zur obligatorischen (das wichtige Gesetz vom 21. Dezember 1869 ist mit der Ausführungsverordnung S. 322 ff. abgedruckt) überzugehen, sind in Abschn. V. und VI. kurz behandelt.

Sehr ausführlich dagegen und bei der gegenwärtigen Sachlage von vorzüglichem Interesse ist die Darstellung des Streites über das Volksschulwesen, die mit den zugehörigen zahlreichen Aktenstücken allein etwa ein Viertel des ganzen stattlichen Bandes ausfüllt. Die Fragen, an deren bloßes Auftreten sich in diesem Augenblicke eine so starke politische und kirchliche Bewegung in Preußen knüpft, sind in Baden während eines zehnjährigen Kampfes der Regierung und der Landesvertretung mit dem Freiburger Erzstift und der römischen Kurie in ihrem vollem Umfange durchgefochten und erledigt worden. Der Gang dieses von beiden Seiten mit voller Entschiedenheit, von der ultramontanen Partei sogar mit allen Waffen der Agitation geführten Streites ist ungemein lehrreich. Des ungeheuren Einflusses eingedenk, den ihr die

bisherige Stellung zur Volksschule verlieh, setzte die geistliche Behörde jedem Versuche der Regierung, dies Verhältniß gesetzlich zu regeln, von vornherein den entschlossensten und hartnäckigsten Widerstand entgegen. Die Regierung war zu weitgehenden Zugeständnissen bereit; die Denkschrift des von ihr an die Spitze der neuerrichteten Oberschulbehörde berufenen Professors Knies (im Auszuge S. 78 ff.) sprach sich nicht nur für die Beibehaltung des Religionsunterrichts sondern auch für die Erhaltung des konfessionellen Charakters der Schulen aus, deren Umwandlung in gemischte nur auf den Antrag der Gemeinden, unter getrennter Abstimmung der stimmfähigen Mitglieder beider Konfessionen, vorgenommen werden sollte. Dies Entgegenkommen wurde von der Kurie nicht nur unter Vorkehren des schroffsten prinzipiellen Gegensatzes zurückgewiesen, sondern auch durch die Erhebung der unbegründetsten Anklagen erwiedert. Unter der Parole, es gelte die Entchristlichung der Schule abzuwehren, wurde die umfassendste Agitation organisirt, das Vorgehen der Regierung als ein Angriff bezeichnet, welcher Kirche, Christenthum und Religion mit den schlimmsten Gefahren bedrohe, in der Presse, auf Wanderversammlungen, in Konferenzen des Klerus die heftigste Sprache geführt. Dieser Sturm wiederholte sich in verstärktem Maße, als die Regierung den Entwurf eines Schulaufsichtsgesetzes in dem von Knies vorgeschlagenen Sinne den Ständen vorlegte. Der Erzbischof veröffentlichte alsbald einen förmlichen Protest gegen die Grundsätze des Entwurfs, in welchem jede Mitwirkung der Geistlichkeit zur Durchführung eines solchen Gesetzes im Voraus versagt wurde; er ermahnte seine Diözesanen in einem Hirtenbriefe, die katholische Erziehung ihrer Kinder zu vertheidigen, indem er darauf hinwies, daß „selbst wilde Thiere mit Lebensgefahr ihre Jungen vor den feindlichen Angriffen vertheidigen." Auch das Mittel der Massenpetitionen blieb nicht unversucht. Die Regierung ließ sich durch nichts beirren. Der Entwurf wurde von den Ständen angenommen und als Gesetz publizirt. Aber auch der Erzbischof hielt Wort. Er verbot den Geistlichen geradezu, in die neuen Schulaufsichtsbehörden (Ortsschulräthe) einzutreten, sich an deren Geschäften zu betheiligen oder mit ihnen in irgend einen geschäftlichen Verkehr zu treten. Gleichzeitig stellte es die klerikale Presse als eine Pflicht der Gläubigen hin, sich der Theilnahme an den Wahlen der Ortsschulräthe zu enthalten. Ja man suchte, als alles dies nichts half, direkt auf die Person des Landesherrn einzuwirken, indem derselbe durch Deputationen und Petitionen auf das Dringendste angegangen wurde, das Schulaufsichtsgesetz aus eigener Machtvollkommenheit zu beseitigen; eine Forderung, die der Großherzog in einem Schreiben an den Minister Lamey (S. 102) in würdigster Auffassung der Stellung der Krone nachdrücklich zurückwies. — Die Folgen dieses Vorgehens haben sich an Niemand mehr gerächt als an der katholischen Geistlichkeit selbst. Die neue Schulverfassung hatte ihr eine wenngleich beschränktere, aber immerhin noch erhebliche Einwirkung auf die Volksschule anheimgestellt. Als die Geistlichkeit ihre Mitwirkung verweigerte, lernte man, daß es auch ohne sie ging. Eine Gemeinde nach der andern wandelte ihre konfessionellen Schulen in gemischte um. Ueberall traten die Ortsschulräthe in Funktion. Die Wahlen zur Landesvertretung fielen gründlich antiklerikal aus. Und als die Regierung, nachdem sie auch hier wieder zuvor in mühseligen Verhandlungen eine Verständigung mit dem Erzbischof vergebens gesucht hatte, den Ständen

ein umfassendes Schulgesetz vorlegte, erfuhr der Entwurf in den Kammern eine Reihe von Abänderungen, welche den Forderungen des Klerus mit weit größerer Schärfe entgegentraten.

Ganz ähnliche Erfahrungen hatte das Erzstift in dem Streite über die Verwaltung des kirchlichen und des Stiftungsvermögens zu machen. Auch hier haben die maßlosen Forderungen der Geistlichkeit, die Zurückweisung der anfänglich dargebotenen Zugeständnisse, die Erschwerungen aller Art, welche sie den von der Regierung und der Landesvertretung erschaffenen Einrichtungen zu bereiten wußte, zu keinem andern Ergebniß geführt, als daß die staatliche Gesetzgebung sich Schritt für Schritt genöthigt gesehen hat, die Rechte des Staats in immer weiterm Umfange sicher zu stellen. Die lichtvolle Darstellung dieser recht verwickelten Verhältnisse bei Friedberg (Abschn. X) verdient um so mehr Beachtung, als hierbei eine Reihe von wichtigen Fragen von speciell juristischem Interesse, wie die rechtsgeschichtliche Entwickelung des Stiftungswesens und die rechtliche Natur des Stiftungsvermögens, die Unterschiede der Stiftungen weltlichen und geistlichen Charakters, die Zuständigkeit der Gerichte und der Verwaltungsbehörden bei Feststellung dieses Charakters u. a. m., eingehende Erörterung gefunden haben.

Diese letzten Abschnitte beziehen sich auf Vorgänge, welche in weiten Kreisen bekannt sind: den Streit über die Besetzung des durch den Tod des Erzbischofs v. Vicari erledigten Freiburger Stuhles und die Anklage gegen den derzeitigen Verweser des Erzbisthums, Dr. Kübel, wegen des Vorgehens der geistlichen Behörde gegen den Bürgermeister Stromeyer in Constanz. Das Urtheil des Oberhofgerichts zu Mannheim, welches diese Anklage für unzulässig erklärte (S.528ff.), erfährt hierbei auf's neue eine zermalmende Kritik.

P. D. Fischer.

4.

Ueber den Entwurf eines allgemeinen privatrechtlichen Gesetzbuchs für Ungarn.

In Ungarn fehlt es seit dem im 16. Jahrhundert erschienenen sogen. Tripartitum durchaus an einem einheitlichen Gesetzbuche. Der Verfasser jenes Werkes, dessen vollständiger Titel „Tripartitum juris consuetudinarii Hungarici" lautet, war der an der Wiener Universität ausgebildete Rechtsgelehrte Verböczy. Seine Arbeit erhielt die Genehmigung des ungarischen Landtags und auch die königliche Sanktion, doch war in Folge politischer Wirren die zur formellen Giltigkeit erforderliche Untersiegelung unterblieben. Die Praxis hat das Werk gleichwohl recipirt. Ein in den Jahren 1791—92 unter Leopold II. unternommener weiterer Kodifikationsversuch ist resultatlos geblieben. Das vorübergehend (seit 1853 auch in Ungarn eingeführte österreichische bürgerliche Gesetzbuch ist seit der Wiederherstellung der verfassungsmäßigen Zustände Ungarns im Jahre 1861 wieder außer Kraft gesetzt. Dem früheren Justizminister Horvath gebührt das Verdienst, die Sache der Kodifikation wieder energisch in die Hand genommen zu haben. Derselbe hat den Pester Professor des römischen Rechts, Dr. Paul Hoffmann, mit der Ab-

fassung eines Entwurfs beauftragt, dessen erstes Stück unter dem Titel: **Attalános magánjogi törvénykönyvneck tervezete Magyárország számára. I. közlemény, Attalános rész,** d. h. „Entwurf eines allgemeinen privatrechtlichen Gesetzbuchs für Ungarn, 1. Abtheilung, Allgemeiner Theil", im vorigen Jahre zu Pest im Druck erschienen ist. Der Minister fordert zur allgemeinen Kritik des Gesetzentwurfs auf, um darauf hin vom 1. Juli 1872 ab die Herstellung eines definitiven Entwurfs in Angriff zu nehmen.

In der Vorrede unterzieht der Verf. die von ihm benutzten Kodifikationen, aus denen die wichtigsten Parallelstellen überall neben den entsprechenden Bestimmungen des Entwurfs mitgetheilt sind, einer kurzen Besprechung. Sehr ungünstig spricht er sich über das französische Civilgesetzbuch aus, eine Unbefangenheit des Urtheils, die um so größere Anerkennung verdient, als in Ungarn eine starke Partei vorhanden ist, welche in gläubiger Anbetung des Franzosenthums das einzige Heil in der nackten Einführung des ihr wahrscheinlich größtentheils nur dem Namen nach bekannten Code civil erblickt. Daß der Entwurf dem österreichischen BGB. besondere Aufmerksamkeit schenken mußte, war durch die staatlichen wie nachbarlichen Beziehungen geboten. Warme Worte der Anerkennung widmet der Verf. dem preußischen ALR., insbesondere aber schließt er sich möglichst genau an das privatrechtl. GB. des Kantons Zürich und in dem für jetzt allein vorliegenden allgemeinen Theile noch mehr an das bürgerliche GB. des Königreichs Sachsen an. Für die Lehre von den Forderungsrechten hat der Verf. namentlich den Dresdener Entwurf eines deutschen Obligationenrechts zu Rathe gezogen.

Das System ist das heute allgemein gebräuchliche: allgemeiner Theil, Vermögensrecht (Sachen- und Forderungsrecht), Familienrecht, Erbrecht.

Im allgemeinen Theil schließt der Entwurf sich ganz an das System des Sächsischen BGB. an. Das erste Kapitel handelt „über privatrechtliche Bestimmungen", das zweite „von den Personen" (1. Abschn. natürliche, 2. Abschn. juristische Personen), das dritte „von den Sachen", das vierte „von den Rechten", das fünfte „von den Handlungen" (1. Abschn. Rechtsgeschäfte, 2. Abschn. rechtswidrige Handlungen), das sechste „vom Schutz der Rechte". Diese sechs Kapitel enthalten 255 durchgezählte Paragraphen. Der Verf. entschuldigt den großen Umfang seiner Arbeit und die einem deutschen Leser auffallende Menge rein doktrinärer Bestimmungen, die nach unsern Anschauungen nicht in ein Gesetzbuch gehören, mit dem dermaligen Zustande der ungarischen Jurisprudenz, die nicht wie in Deutschland dem Gesetzgeber vorgearbeitet habe, sondern umgekehrt von der Gesetzgebung den Anstoß zu weiterer Entwickelung erwarte; auch auf den Umstand beruft der Verf. sich, daß das römische Recht in Ungarn nicht recipirt sei, also manches in das Gesetzbuch aufgenommen werden mußte, was sich in Deutschland heute gleichsam von selbst verstehe. Sehen wir von den doktrinären Bestimmungen, die immerhin aus den von dem Verf. angeführten Gründen eine gewisse Berechtigung haben mögen, ab, so verdient der Hoffmann'sche Entwurf durchaus unsere Anerkennung. Die Bestimmungen sind präcis, klar und frei von übertriebener Kasuistik, dabei in ihrem Inhalte, wenn auch nicht durch große Originalität ausgezeichnet, so doch durchweg gesund und unsern heutigen Rechtsanschauungen entsprechend.

Das Verhältniß des privatrechtlichen Gesetzbuchs zu den älteren Parti-

kularrechten, ebenso wie die Stellung des Gewohnheitsrechts, ist als offene Frage behandelt, indem der Entwurf mehrere einander entgegengesetzte Bestimmungen elektiv neben einander stellt. Gesetze sollen am 15. Tage nach der Publikation die Rechtskraft erlangen. Die Prüfung, ob ein Gesetz verfassungsmäßig zu Stande gekommen, ist Sache des Richters. Die das internationale Privatrecht betreffenden Bestimmungen stehen auf dem Boden der heutigen Wissenschaft.

Aus dem Kapitel über die Personen sind die Bestimmungen über die Todeserklärungen hervorzuheben. Bei zehnjähriger Verschollenheit ist die Todeserkärung mit dem achtzigsten Lebensjahre begründet, dreißigjährige Verschollenheit genügt ohne Rücksicht auf ein bestimmtes Lebensalter, ebenso dreijährige Frist nach überstandener Lebensgefahr. Die Todeserklärung wirkt deklaratorisch, nicht konstitutiv. Der Gegenbeweis, daß der Tod zu anderer Zeit erfolgt sei, bleibt vorbehalten. Wer einen Anspruch darauf gründen will, daß der Verschollene zu einer bestimmten Zeit noch gelebt oder nicht mehr gelebt habe, muß den Beweis führen, wird dabei aber, nach Anleitung des Sächs. BGB. §. 35, durch eine rechtliche Vermuthung nach Maßgabe einer bestimmten Skala des Lebensalters unterstützt. Als Geburts- und Todesregister sollen besondere Civilstandsregister hergestellt werden; einstweilen dienen die Kirchenbücher diesen Zwecken. Die Großjährigkeit tritt mit 24 Jahren ein. Die Verwandtschaftsgrade werden wie im römischen Recht berechnet. Die Lehre von den juristischen Personen ist im wesentlichen mit den Bestimmungen des Zürcherischen GB. übereinstimmend. Bei der Bestimmung daß juristische Personen kein Delikt begehen können, also immer nur persönliche Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder oder Beamten für das von ihnen Verschuldete eintrete (§. 59), wäre wohl eine dem sog. Haftpflichtgesetze des deutschen Reichs analoge Festsetzung anzubringen.

Von dem sonstigen Inhalte des Entwurfs sei endlich noch hervorgehoben, daß im 3. Kapitel eine größere Berücksichtigung des Affektionswerths hervortritt, nämlich für den Fall, daß derselbe durch voraufgegangene Rechtsgeschäfte als reeller Werth in gewissen Verträgen anerkannt ist (§. 91). Das 6. Kapitel („vom Schutz der Rechte“) enthält eine Reihe von prozessualischen Bestimmungen, wie sie nach unserer Meinung, entgegen derjenigen des Verf., nicht in ein privatrechtliches Gesetzbuch gehören. R. S.

5.

L. Goldschmidt. Die Nothwendigkeit eines deutschen Civilgesetzbuchs. Vortrag gehalten in der gemeinnützigen Gesellschaft zu Leipzig am 11. März 1872. (Besonderer Abdruck aus der Wochenschrift „Im neuen Reich“, Jahrg. 1872, Heft 13. Leipz. S. Hirzel.) 8. 19 S.

Mit beredten Worten tritt dieser Vortrag für eine Sache ein, welche auch der Unterzeichnete stets vertheidigt hat. Die sachlichen und nichtsachlichen Bedenken, welche der Erweiterung der Civilgesetzgebung und der Herstellung eines deutschen bürgerlichen Gesetzbuches entgegengesetzt worden sind, werden

vom Verfasser überzeugend widerlegt, möge es seinen Mahnungen gelingen, dieselben zu beseitigen. Am wenigsten legitimirt zu solchen Bedenken sind, meines Erachtens, diejenigen deutschen Staaten, von denen dieselben gegenwärtig am meisten betont zu werden scheinen. Sachsen, welches vor Kurzem erst ein eignes Gesetzbuch hervorgebracht hat, Bayern, welches sich noch jetzt in den Geburtswehen befindet — wie gerade von diesen Ländern die Berechtigung eines nationalen Bedürfnisses bestritten werden kann, erscheint mir unerklärlich.*) Was kann man denn in Sachsen dagegen haben, daß ganz Deutschland von den Früchten der dort vollendeten Arbeit Nutzen zu ziehen und, soweit möglich an dieselbe die bessernde Hand anzulegen sucht. Man wird, doch nicht im Ernste glauben, daß bei einer deutschen Kodifikation das allgemein als bedeutend, wenn auch als verbesserungsfähig, anerkannte sächsische Gesetzbuch unberücksichtigt bleiben und das wahrhaft Gute, was in demselben enthalten ist, verloren sein werde. Was kann man vollends in Bayern dagegen haben, wenn die gesetzgeberischen Kräfte aus ganz Deutschland sich an den dort im Werke befindlichen Entwürfen betheiligen. Weder diese Entwürfe noch jenes Gesetzbuch, beruhen auf besonderen Sammeseigenthümlichkeiten, sondern sie sind im Wesentlichen Erzeugnisse der heutigen deutschen Rechtsentwicklung und der deutschen Rechtswissenschaft und haben insofern bereits einen allgemeinen Charakter. Von diesem Standpunkte aus muß es also, wie mir scheint, als eine höchst erwünschte Fortbildung des bereits vorhandenen Keimes freudig begrüßt werden, wenn die Möglichkeit gegeben wird, das, was dem Inhalt nach deutsch ist, auch zu allgemeiner Geltung in Deutschland zu bringen. Viel begreiflicher erscheinen die Befürchtungen der gemeinrechtlichen Juristen, welche die Besorgniß hegen, daß das deutsche Gesetzbuch eine Stagnation in der wissenschaftlichen Pflege des Rechts zur Folge haben werde. G. läßt sich die Widerlegung dieser Bedenken angelegen sein. Mit ihm halte ich dieselben für unbegründet. Es ist, glaube ich, keine Selbstüberhebung, wenn die zur Zeit in Deutschland vorhandenen gesetzgeberischen Kräfte sich zutrauen, ein Werk zu schaffen, welches den Anforderungen der Gegenwart genügt und ist dies möglich, so darf man auch für die Zukunft unbesorgt sein. Denjenigen, die wie Fitting das Ziel selbst anerkennen, aber dasselbe nicht auf einmal, sondern auf dem „sanftern" Wege einer zweck- und planmäßigen Spezialgesetzgebung zu erreichen wünschen, ist m. E. zu erwidern, daß dieser Weg keineswegs der leichtere, sondern im Gegentheil viel komplizirter und gefährlicher ist, als der von uns befürwortete. Denn eine solche Spezialgesetzgebung würde, wenn sie in Wahrheit zweck- und planmäßig sein sollte, nicht nur das Ziel im Allgemeinen, sondern auch den Plan oder die Idee des Ganzen bereits als gegeben voraussetzen. Ohne dies würde sich die Planmäßigkeit sehr bald als eine Selbsttäuschung herausstellen, und es würde uns eine Zeit bevorstehen, in der wieder die clementia eines Theodos die bange Frage aufwerfen könnte, woher es komme, daß tam pauci raroque extiterint que plena juris civilis scientia diterentur et in tanto lucubra-

*) Ich spreche hier nur von den möglicherweise in der Sache selbst d. h. in der Rechtsentwickelung liegenden Gründen. — Die sog. politischen Gründe, die offen oder versteckt gegen ein deutsches Gesetzbuch geltend gemacht werden, sind eben nicht sachlich.

tionum tristi pallore vix unus aux alter receperit soliditatem perfectae doctrinae. — Ich denke doch, diese Gefahr steht schon jetzt leibhaftig genug vor unsern Augen. Und das beste Mittel derselben zu entgehn ist, wie mir scheint, daß man sich entschließe, aus ganzem Holze zu schneiden.

Behrend.

6.

Otto Stobbe. Handbuch des deutschen Privatrechts. Erster Band. Berlin Verlag von W. Hertz. (Besser'sche Buchhandl.) 1871. 8. VIII u. 494 S.

Wie der Titel besagt, geht dieses Werk in seiner räumlichen Anlage wie in seinen Zielen über die Grenzen der Lehrbücher hinaus. Von diesen haben in neuerer Zeit bekanntlich besonders das von Beseler und Gerber mit Recht großen Anklang und weite Verbreitung gefunden. Neben denselben hat aber eine ausführlichere Darstellung, wie die hier begonnene, gewiß ihre Berechtigung. Der gegenwärtig dargebotene erste Band enthält außer der Einleitung das erste Buch der Darstellung. In jener findet sich eine Erörterung über Begriff und Methode des deutschen Privatrechts, sowie über seine Quellen und Literatur; daran schließt sich die Theorie der Rechtsquellen und die Lehre von der Anwendung derselben, insbesondere nach ihren zeitlichen und räumlichen Grenzen. Das erste Buch, „von den Rechtsverhältnissen überhaupt" zerfällt in drei Kapitel: von den Personen (physische, juristische Pers.), von den Sachen, von den Rechtsverhältnissen im Allgemeinen.

St. beherrscht das Quellenmaterial des deutschen Rechts in ausgezeichneter Weise und ist in Folge dessen gleich wenigen Germanisten befähigt, die Schwierigkeiten zu überwinden, welche sich bei einer wissenschaftlichen Behandlung des deutschen Privatrechts aus der großen Massenhaftigkeit und Zerstreutheit des Stoffes ergeben. In dem vorl. Werke tritt dieser Vorzug, mit welchem sich der einer leichten, gefälligen Darstellung verbindet, in hellstem Licht hervor. Von den Volksrechten bis herab zu den neuesten Bundes- und Reichsgesetzen werden wir an der Hand der Quellen geleitet, so daß der Zusammenhang der geschichtlichen Entwicklung bei den einzelnen Instituten nirgends außer Acht gelassen wird. Dabei wird auch die Partikulargesetzgebung überall mit großer Vollständigkeit berücksichtigt. Das wesentliche Verdienst dieser Darstellungsweise besteht darin, daß sie zugleich überzeugend wirkt oder doch dem Leser das Material zu eigener Prüfung und zum Widerspruch darbietet, während sonst die Lehrbücher des Privatrechts nicht selten apodiktische Sätze aufstellen, so daß man sich bei der Autorität ihres Verfassers beruhigen muß. Namentlich das in so vielfacher Beziehung hervorragende Gerbersche Lehrbuch liefert hierfür eine ganze Anzahl von Belegen. — Mit besonderer Ausführlichkeit sind in dem ersten Band des Stobbeschen Werkes die Lehren von den zeitlichen und örtlichen Grenzen der Wirksamkeit der Rechtssätze und von den juristischen Personen erörtert. In ersterer Hinsicht hat der Verfasser wohl mit Recht auf die Aufstellung einheitlicher Prinzipien verzichtet, ist dagegen mit großer Sorgfalt in das

Detail dieser schwierigen Lehre eingegangen, so daß gemeinrechtliche wie particularrechtliche Praktiker hier eine reiche Quelle der Belehrung vorfinden werden. Auch bei den juristischen Personen fällt das Hauptgewicht der Darstellung (§. 51—62) auf die einzelnen Arten; es werden namentlich die verschiedenen Gestaltungen des Korporationsbegriffes im heutigen Recht eingehend behandelt, wobei die Institute des modernen Verkehrs (Aktiengesellschaften, Gewerkschaften, wirthschaftliche Genossenschaften, sonstige Vereine u. dgl.) zu ihrem Recht gelangen. Ref. hätte allerdings gerade in dieser Lehre, die gewissermaßen die Signatnr der Germanisten bildet, gewünscht, daß Verf. die im §. 49 hervorgehobenen allgemeinen Gesichtspunkte etwas ausgiebiger behandelt hätte. — Uebrigens ist in Bezug auf alle in diesem Band enthaltenen Lehren das Werk als ein Fortschritt der deutschen Rechtswissenschaft und als eine des Namens ihres Verfassers würdige Leistung freudig zu begrüßen und wir wünschen, daß es dem letzteren vergönnt sein möge, das in der Vorrede gegebene Versprechen einer baldigen Fortsetzung zu erfüllen. — Noch mag hier bemerkt werden, daß auch Stobbe zu denen gehört, die gleich uns die Herstellung einer einheitlichen Gesetzgebung und eines gemeinen Privatrechtes befürworten und daß er es als letztes Ziel seiner Arbeit betrachtet, durch dieselbe „zur Aufrichtung dieses Nationalwerkes" beizutragen. Möge auch dieser Wunsch in Erfüllung gehen. Behrend.

6.

Borchardt, Dr. S., Geh. Justizrath, Ritter &c. Vollständige Sammlung der geltenden Wechsel- und Handelsgesetze aller Länder. Erste Abtheilung: Die Wechselgesetze. Band I, die deutschen Wechselgesetze und die ausländischen Wechselgesetze in deutscher Uebersetzung. XIX u. 608 S. Bd. II, die ausländischen Wechselgesetze im Originaltext. XII u. 520 S. 8. Berlin 1871. Verl. der K. Geh. Ober-Hof-Buchdruckerei.

Die letzte Sammlung von Wechselgesetzen, welche wir bis zu dem vorstehenden Werke besaßen, war der Codex der Europäischen Wechselrechte von Meißner, aus den Jahren 1836 und 1837. Von demselben enthielt der erste Band die damals in Deutschland geltenden, der zweite die außerdeutschen Wechselgesetze. Seitdem hat sich die Lage der Dinge erheblich vereinfacht. Es giebt jetzt, wie der Herausgeber in der Vorrede hervorhebt, drei große Gruppen der Wechselgesetzgebungen und des Wechselrechts, denen sich die Abweichungen in den Einzelheiten unterordnen; die Gruppe des Code de commerce und der derselben folgenden Gesetzgebungen, die Gruppe des englisch-nordamerikanischen Wechselrechts und die der deutschen Wechselordnung. Die erste umfaßt ca. 507,500 Qudr.-Meilen mit 233,700,000 Einw., die zweite ca. 509,400 Quadr.-M. mit 252,300,000 Einw., die dritte ca. 32,130 Quadr.-M. mit 71,600,000 Einw. Das Gebiet der dritten Gruppe ist im Vergleich zu dem der beiden übrigen allerdings noch winzig, indeß ist dies nicht zu verwundern, nicht nur, weil sie selbst die jüngste unter den dreien ist, sondern

auch, weil Deutschland sich noch nicht gar lange zu den großen handeltreibenden Nationen rechnen darf. Jedenfalls kann auch unsere Wechselordnung bereits auf „moralische Eroberungen" Deutschlands hinweisen und sie findet neuerdings in immer weiterem Umfange Anerkennung. So namentlich in Italien, wie die Aufsätze von Vidari im Archivio giuridico darthun. Auch in Rußland ist neuerdings in einer dortigen juristischen Zeitschr. eine Uebersetzung der deutschen Wechselordnung mit dem Vorschlage unveränderter Einführung producirt worden. Ob dieser Vorschlag Aussicht auf Erfolg hat, ist freilich zweifelhaft. — Der Herausgeber des obigen Werkes geht noch einen Schritt weiter. Er hat die Hauptverschiedenheiten der bestehenden Wechselgesetzgebungen aufgeführt und ist zu dem Resultat gelangt, daß sich dieselben auf neun prinzipielle Unterschiede zurückführen lassen, hinsichtlich deren eine internationale Einigung denkbar wäre. Dann würde also der auch von Andern geäußerte Wunsch eines gemeinsamen Wechselrechtes aller Völker in Erfüllung gehen. Ein kühner Gedanke, der mir, wie ich gestehe, nicht sehr sympathisch ist. Jedenfalls ist es sehr uneigennützig vom Herausgeber, gerade diesen Gesichtspunkt in den Vordergrund zu stellen. Bis zur Verwirklichung jenes Planes werden aber doch, auch in unserer schnell fortschreitenden Zeit, einige Jahrzehnte vergehen und bis dahin werden wir von der Mühe und dem Fleiße, mit welchem der Herausgeber für die Herstellung korrekter Originaltexte, wie für die Beschaffung von Uebersetzungen Sorge getragen hat, hinlänglichen Nutzen ziehen können. — Eine selbständige umfängliche Darstellung ist im ersten Bande des vorl. Werkes dem Englischen Wechselrecht zu Theil geworden, und zwar ist das des Mutterlandes von Herrn Dr. Frank in Lübeck, das der englischen Besitzungen vom Herausgeber bearbeitet. — Möge es letzterem vergönnt sein, sein Werk durch Nachträge in Betreff der künftig erscheinenden Gesetze noch recht lange vollständig zu erhalten und die in Aussicht gestellte Sammlung der Handelsrechtsgesetzgebungen recht bald folgen zu lassen.

Behrend.

8.

l'Abbordo dubbio. Studi di Paolo La Spada. Messina 1871. 4. 45 S.

Unser Handelsgesetzbuch ist in Betreff der Aborbage (Art. 736—745) zu den richtigen Grundsätzen des römischen Rechts zurückgekehrt. Danach ist ein Anspruch auf Schadensersatz nur zulässig, sofern auf der einen oder andern Seite eine aquilische Kulpa nachgewiesen werden kann. C. 29 §. 2 4 ad L. Aquil 9. 2. Andere Seerechte haben bekanntlich nicht nur diese einfachen Grundsätze durch Präsumtionen verdunkelt, sondern lassen auch im Fall der sog. zweifelhaften Abordage eine Communio des Schadens zwischen den beiden zusammengerathenen Schiffen eintreten. Auf jenen Fall beziehen sich die zunächst vom Art. 516 des italienischen Codice di commercio (derselbe stimmt mit Art. 407 des franz. Gesetzbuches überein) ausgehenden Studien des Verfassers. Dieselben sind aus einer praktischen Veranlassung entstanden. Verf. hatte als Advokat die der bisherigen Praxis entgegengesetzte Ansicht vertreten, daß die Schadenvertheilung sich nicht blos auf das

Schiff, sondern auch auf die Ladung erstrecken müsse. Diese Ansicht, mit welcher er in zweiter Instanz auch durchgedrungen ist, sucht er gegenwärtig ausführlicher zu begründen. Ich halte die Auffassungen des Verfassers auch vom Standpunkt des italienischen und französischen Rechts nicht für zutreffend. Gerade der Art. 327 des italienischen Gesetzbuches (Code de comm. 230), auf den er sich beruft, spricht gegen ihn. Danach wird der Kapitän stets für schuldbar erachtet, außer wenn er vis major nachweist. Nun ist doch aber diese zweifelhafte Abordage unzweifelhaft keine vis major. — Es ist also kein Grund vorhanden, in diesem Falle die Verantwortlichkeit des Schiffers gegenüber den Befrachtern cessiren zu lassen, daher fehlt hier auch jede Veranlassung zu einer Repartition des Schadens. — Glücklicher scheinen mir die Ausführungen des Verf. über den Begriff des abbordo dubbio selbst. — Unser Handelsgesetzbuch wird nirgends erwähnt, scheint also auch dem Verf. unbekannt zu sein, ich vermuthe, daß anderen Falles sein Verbesserungsvorschlag de lege ferenda radikaler ausgefallen wäre.

Die Schrift ist übrigens sorgfältig gearbeitet und lehrreich und bekundet ein höchst ehrenvolles Streben des Verfassers.

Behrend.

9.

Karl Heinrich Rau's Lehrbuch der Finanzwissenschaft. 6. Ausg. Vielfach verändert und theilweise völlig neu bearbeitet von Dr. Ad. Wagner. Ord. Prof. der Staatswissenschaften an der Univ. Berlin, Leipzig und Heidelberg. C. F. Wintersche Verlagsbuchh. 1872. XVI u. 603 S.

Daß Rau's berühmtes Lehrbuch der Finanzwissenschaft auch für Juristen das mannigfachste Interesse darbietet, ist hinlänglich bekannt. Auf die neue Auflage verdient hier besonders aufmerksam gemacht zu werden. Zur Herstellung derselben ist Prof. Wagner auf Wunsch des verstorbenen Verfassers veranlaßt worden. Dabei hat ein großer Theil des Werkes, wie der Herausgeber in dem Vorwort bemerkt, etwa drei Fünftel, eine gänzliche Umarbeitung erfahren. Dahin gehören z. B. die Lehren vom Staatsdienst und den Besoldungen, von der Deckung der Staatsschulden, vom Eisenbahnwesen. Das Lehrbuch hat durch diese Umarbeitungen und Ergänzungen erheblich gewonnen. Auch dem Andenken des Verfassers ist der Herausgeber auf diese Weise in viel höherem Maße gerecht geworden, als wenn er mit sogenannter Pietät den Text unverändert gelassen und Anmerkungen auf Anmerkungen gehäuft hätte. Dieses letztere Verfahren, welches Herausgeber von Lehrbüchern nicht selten einschlagen, ist das beste Mittel, um dem ursprünglichen Werke möglichst schnell Frische und Brauchbarkeit zu nehmen. Uebrigens hat Verf. Sorge getragen, die von ihm eingefügten Zusätze und Anmerkungen durch Namenschiffern kenntlich zu machen. Behrend.

10.

Rechtslexicon unter Mitwirkung namhafter Rechtsgelehrter, herausgegeben von Dr. v. Holtzendorff. (Der Encyklopädie der Rechtswissenschaft zweiter Theil.) Zwei Bände. Leipz. 1870—71. Duncker u. Humblot. 8.

Wenn auch vielleicht post festum will ich doch nicht unterlassen, das vorstehende Werk denjenigen Lesern der Zeitschr. zu empfehlen, welchen dasselbe noch nicht bekannt sein sollte. Die Schnelligkeit, mit der sich dasselbe allgemein eingebürgert hat, beweist, daß das Unternehmen einem Bedürfniß entsprochen hat. Der Plan desselben ist durchaus zweckmäßig angelegt und ausgeführt; der Herausgeber hat sich den Beistand geeigneter, zum Theil hervorragender Kräfte zu sichern gewußt. Es mag hier u. A. auf die staatsrechtlichen Artikel von Gneist und E. Meier, auf die romanistischen von Eck und Rivier, auf die germanistischen von Brunner, Franklin, Gierke und Lewis, auf die handelsrechtlichen von Gareis, Keyßner, R. Koch, auf die kirchenrechtlichen und prozessualistischen von Hinschius, auf die kriminalistischen von Geyer, Glaser u. A. hingewiesen werden. v. H. selbst hat außer der Anfertigung einzelner Beiträge sich der nicht geringen Mühe unterzogen, die Artikel auszuwerfen. Dies ist im Ganzen durchaus sachentsprechend geschehn; daß einzelne Verbesserungen zu wünschen bleiben, ist natürlich. So vermißt Refer. einzelne wechsel- und handelsrechtliche Artikel, z. B. Kaufmann, Handelsgesellschaft, Kommanditgesellschaft, Schiffsregister, Präsentation, Ehrenannahme, Wechselkopie, Wechselduplikat u. A. — Möge dem Herausgeber bald in einer 2. Auflage Gelegenheit gegeben werden, diese und ähnliche kleine Lücken zu ergänzen. Behrend.

Miscellen.

1.

Congresso giuridico italiano.

Am 15. Mai d. J. wird in Rom ein Kongreß der italienischen Juristen eröffnet werden, der sich nach dem Vorbild des deutschen Juristentages in freier Vereinigung mit den gegenwärtig in Italien auf der Tagesordnung stehenden gesetzgeberischen Fragen beschäftigen soll. Behufs der Vorbereitung ist von dem römischen circolo legale unter dem Vorsitz von Giul. Marchetti eine Kommission niedergesetzt worden, zu der u. A. auch Serafini gehört. Diese hat ein provisorisches Statut und Programm versendet und ladet auch fremde Juristen zur Theilnahme ein. In dem Programm werden sieben Thesen von sehr großer Tragweite aufgestellt: Prüfung des Projekts zum neuen italienische Strafgesetzbuche insbesondere mit Rücksicht auf die Todes- und lebenslängliche Freiheitsstrafe; über die Mittel, den Strafprozeß abzukürzen und eine größere Gewähr der individuellen Freiheit mit den Erfordernissen der öffentlichen Ordnung zu vereinigen, (hier wird namentlich die Reform des Vorverfahrens betont); über das Geschworeneninstitut im Strafprozeß; über die in der italien. Civilprozeßordnung nach der Erfahrung seit 1866 nothwendig gewordenen Reformen; über die Gestaltung der Advokatur und Prokuratur, wobei zugleich eine Prüfung des Kostentarifs in Aussicht genommen wird; über die Kompetenzkonflikte zwischen Verwaltung und Justiz; über die Reform der Gerichtsverfassung, namentlich des öffentlichen Ministeriums. Man sieht, an Stoff wird es den italienischen Kollegen nicht fehlen. Das provisorische Statut kommt mir in Betreff der Berechtigung zur Theilnahme etwas engherzig vor. Insbesondere ist auffällig, daß von den Praktikern nur der Magistratur und dem öffentlichen Ministerium dieses Recht unmittelbar zusteht, während alle übrigen, also namentlich auch die Mitglieder der Advokatur und des Notariats erst einer besonderen Zulassung bedürfen. Ob diese Maßnahmen in Italien durch die Verhältnisse angezeigt sind, vermag ich nicht zu beurtheilen; jedenfalls kann bezeugt werden, daß der deutsche Juristentag seine weit größere Liberalität in dieser Hinsicht nie zu bereuen gehabt hat.

Wir wünschen dem italienischen Juristenkongreß, daß er gleich unserem Juristentage sich gedeihlich entfalten und zur Förderung der Rechtsentwicklung in seinem Vaterlande beitragen möge. — Der Herausgeber wird erfreut sein, wenn ihm auch ferner Gelegenheit gegeben werden sollte, über die Fortschritte dieses Kongresses wie der italienischen Gesetzgebung zu berichten.

2.

Preisaufgaben der Rubenow-Stiftung.

I. Geschichte der schwedisch-pommerschen Landschaften während der Jahre 1637—1720.

Nächst einer auf authentischen Quellen begründeten Geschichte der äußern Schicksale jener Landschaften, namentlich der auf ihrem Boden geführten Kriege wird eine möglichst klare und eingehende Darlegung ihrer Verfassung, Gesetzgebung und Verwaltung, des ständischen Lebens sowie der wirthschaftlichen und geistigen Kultur ihrer Bewohner verlangt. Ganz besondere Berücksichtigung wird der volks- und staatswirthschaftlichen Statistik zu widmen sein. Sollten für einzelne der genannten Gebiete die vornehmlich in dem pommerschen Provinzialarchive und in den Stadtarchiven der Provinz sowie in dem königl. preußischen und königl. schwedischen Staatsarchive aufzusuchenden Quellen nicht hinlängliches Material darbieten, um aus demselben ein abgerundetes Bild der betreffenden Verhältnisse zu gestalten, so wird es genügen, wenn der gefundene Stoff für jenen Zweck vorbereitet und gesichtet zusammengestellt wird.

II. Die Schuldenreduktion in den deutschen Territorien nach dem dreißigjährigen Kriege.

Der sogenannte §. de indaganda des westfälischen Friedens (J. P. O. VIII. §. 5 M. IX. §. 66) bestimmt als eine der Aufgaben des nächsten Reichstages die Feststellung eines Modus, wonach der durch den Krieg veranlaßten Zerrüttung der allgemeinen Vermögensverhältnisse im Reich und namentlich der Belastung des Besitzes mit Schulden und aufgelaufenen Zinsen in geeigneter Weise abzuhelfen sei. Dem entsprechend enthält der Reichstagsabschied von 1654 (§§. 170—175) eine Reihe von Bestimmungen, worin theils durch Moratorien, theils durch eine allgemeine Reduktion der rückständigen Zinsen, der Noth der Verschuldeten zu steuern gesucht wird.

Es wird gewünscht eine eingehende Geschichte der Genesis und der Wirkungen dieses Reichsgesetzes. Für erstere ist zurückzugehen sowohl auf die westfälischen Friedenstraktaten, als auch auf die vor und neben diesen hergehenden partikularen Verhandlungen über die gleiche Angelegenheit auf den Landtagen einzelner Territorien. Die Behandlung, welche die Frage in der sich anschließenden juristischen und publizistischen Literatur fand, ist zu erörtern. Es ist festzustellen, in welchen Theilen des Reichs das Gesetz von 1654 zur praktischen Ausführung gekommen ist. Die Modalität dieser Ausführung ist dann auf dem Boden eines einzelnen Territoriums im Detail aktenmäßig darzulegen, und aus den hierbei sich ergebenden Materialien eine Gesammtansicht von den volks- und staatswirthschaftlichen Verhältnissen der betreffenden Landschaft in der Zeit nach Beendigung des dreißigjährigen Krieges zu entwerfen.

III. Die Lehre vom Abschlusse obligatorischer Verträge in Italien und Deutschland während der Zeit von Gründung der ersten Universitäten bis zum Auftreten der historischen Schule.

Gefordert wird eine dogmengeschichtliche Entwickelung, unter gleichmäßiger Berücksichtigung von Theorie und Praxis, deren Kern ist die Gestaltung der römischen Rechtssätze bei und nach deren Rezeption in Deutschland. Im Einzelnen:

1. Darlegung der Auffassungen der Glossatoren und der Kommentatoren von den einschlägigen Bestimmungen des Römischen und des Kanonischen Rechts, mit sorgfältiger Hervorhebung von Mißverständnissen und von absichtlichen Abweichungen, sowie der Ursachen beider.

2. Ermittelung der entsprechenden Vorschriften aus den mittelalterlichen Quellen des deutschen Rechts.

3. Theorie und Praxis in Deutschland zur Zeit der Rezeption, und nachher bis zum Ausgange des vorigen Jahrhunderts. Die Beachtung der Schriften der Franzosen und Holländer ist wünschenswerth wegen der Beziehungen, in denen diese zu den deutschen Juristen gestanden haben, und unerläßlich überall da, wo die fragliche Lehre in Deutschland durch die Meinungen der Ausländer beeinflußt erscheint. Mit den Forschungen der historischen Schule hat die Arbeit sich nicht zu befassen; wogegen eine Betrachtung der aus der älteren Lehre hervorgegangenen Gesetzgebungen, aber nicht auch der wieder auf diesen fußenden partikularen Jurisprudenz, zweckmäßig wäre.

Die Bewerbungsschriften sind in deutscher Sprache abzufassen. Sie dürfen den Namen des Verfassers nicht enthalten, sondern sind mit einem Wahlspruche zu versehen; der Name des Verfassers ist in einem versiegelten Zettel zu verzeichnen, der außen denselben Wahlspruch trägt.

Die Einsendung der Bewerbungsvorschriften muß spätestens bis zum 1. März 1876 geschehen. Die Zuerkennung der Preise erfolgt am 17. Oktober 1876.

Als Preise setzen wir für die würdig befundene Arbeit je 1200 Mark Reichsmünze fest, jedoch mit der Maaßgabe, daß, wenn Eine der Arbeiten gar nicht oder nicht genügend, eine Andere aber in vorzüglichem Grade gelöst werden sollte, der Preis für diese Andere erhöhet werden kann.

Greifswald, im Januar 1872.

Rektor und Senat hiesiger königl. Universität.

Bibliographie.*)

Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft unter Mitwirkung von Arndts und Bluntschli, herausgeg. von Brinz und Pözl. Bd. XIV. H. 1. München. 1872. R. Oldenburg. Inhalt: Lewis. Noch etwas über die Successionsordnung des deutschen Rechts. — Maurer: Handbuch des deutschen Privatrechts von Stobbe. Ortloff: Beiträge zur Kritik der Organisirung des Verfahrens im Strafprozeß. — Brinz: Ausführliche Erläuterungen der Pandekten — von Glück, fortgesetzt — — von K. L. Arndts. 46 Th. 1. u. 2. Abth. Pözl: Prinzipien des preußischen Polizeirechts von Förstemann. — Kurze Anzeigen.

Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts. Herausg. von Jhering u. Unger in Verbind. mit Bähr u. Wunderlich. XII. Band. 1. Heft. Jena. Maukes Verl. 1872. Inhalt: Bekker, Zur Lehre vom Rechtssubjekt: Genuß und Verfügung, Zwecksatzungen, Zweckvermögen und juristische Personen.

Kraut, Dr. W. Th., Geh. Justizr. und o. Prof. zu Göttingen. Grundriß zu Vorlesungen über das deutsche Privatrecht mit Einschluß des Lehn- und Handelsrechts nebst beigefügten Quellen. 5. verm. und verb. Aufl. Berlin. Verlag von J. Guttentag (D. Collin). 1872. XLII und 512 SS.

Bruns, Dr. C. G., Prof. in Berlin, das Wesen der bona fides bei der Ersitzung. Ein praktisches Gutachten nebst einem theoretischen Nachtrage. Berlin. 1872. Puttkamer und Mühlbrecht. VII u. 128. SS. 8.

Reinhart, Dr. Th., die Anfechtungsklage wegen Verkürzung der Gläubiger, Actio Pauliana nach römischem und gemeinem Recht. Winterthur. Buchdruckerei von J. Westfehling. 1871. 8. 144 SS.

Bartels, Dr. C., Obergerichtsrath, Ehe und Verlöbniß nach gemeinem und prakt. Recht in der Provinz Hannover. Hannover. Hahnsche Hofbuchhandlung. 1871. 8. IV u. 413 SS.

Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht, herausgeg. von Goldschmidt, Laband und Malsz. Erlangen. Ferd. Enke. Band XVII. (Neue Folge. Zweiter Band. 1. u. 2. Heft.) Inhalt: Anschütz, die Rechte des Einkaufskommissionärs als Selbstverkäufer; Sohm, Vertragsschluß unter Abwesenden und Vertragsschluß mit einer persona incerta; Anschütz, das Institut der Zahlwoche auf den französischen Messen im Anfang des XIII. Jahrhunderts. — Rechtsquellen. Rechtssprüche. Literatur. Literaturübersicht.

Centralorgan für das deutsche Handels- und Wechselrecht. Herausg. von Hartmann, Ob.-Trib.-R. Neue Folge. Bd. 8. H. 1. Elberfeld 1872. R. L. Friderichs. Inhalt: v. Kräwel, über die besonderen Vortheile, welche sich die ersten Zeichner von Aktien ausbedungen. Hauser, zur Lehre von der Vereinigung zu einzelnen Handelsgeschäften für gemeinschaftliche Rechnung. — Meier, einige Bemerkungen über die Interpretation der Schlußzettel (Schlußnoten) der Handelsmakler. — Rechtsfälle und gerichtliche Entscheidungen. — Literarische Anzeigen.

---

*) Die vorstehende Bibliographie enthält die dem Herausgeber oder der Verlagshandlung zugehenden Werke und Zeitschriften, die Verlagshandlung ist bereit, auf einen Austausch mit den in- und ausländischen Fachzeitschriften einzugehen, hinsichtlich deren ein solcher gegenwärtig noch nicht stattfindet.

Busch, Archiv für Theorie und Praxis des allgemeinen deutschen Handelsrechts. Leipzig. Arnoldische Buchh. XXIV. Bd. 1. u. 2. Heft. Inhalt: Handelsrechtliche Entscheidungen: Oesterreich. Entsch. des Reichsoberhandelsgerichts.

Entscheidungen des Reichs-Oberhandelsgerichts, herausgegeb. v. d. Räthen des Gerichtshofes. III. Bd. 4 u. 5. H. Erlangen. Verl. v. Ferd. Enke 1872. 8.

Anschütz und v. Völdernsdorff. Kommentar z. Allg. D. Handelsgesetzbuch mit Ausschluß des Seerechts. III. Band. 2. Heft. Art. 300—318 (S. 118—208). Erlangen 1871. Verl. v. Palm u. Enke.

Schebek, Dr. Edm., das Handelsregister nach dem allgemeinen Handelsgesetzbuch. Gutachten der Handelssektion der Handels- und Gewerbekammer in Prag. II. 1872. Prag. C. G. Stanger. gr. 8. XIII u. 73 S.

Regelsberger, Ferd. Prof. Dr., Beiträge zur Lehre von der Haftung der Behörden und Beamten der Aktiengesellschaften. Ein Rechtsgutachten. Gießen. Emil Roth. 1872. 4. 73 S.

La Spada, Paolo, Avv. Deputato L'abbordo dubbio. Messina 1871. Stamperia Capra. 4. 45.

Borchardt, Dr. S. Geh. J. R., Ritter ꝛc. Vollständige Sammlung der geltenden Wechsel- und Handelsgesetze aller Länder. Erste Abth., die Wechselgesetze. Band I., die deutschen Wechselgesetze und die ausländischen Wechselgesetze in deutscher Uebersetzung. Band II., die ausländ. Wechselgesetze im Originaltext. Berlin 1871. Verl. der K. Geh. Ob.-Hofbuchdruckerei XIX, 608 u. 520 S.

Karl Heinr. Rau's Lehrbuch der Finanzwissenschaft. 6. Ausg. vielfach verändert und theilweise völlig neu bearb. von Dr. Ad. Wagner, ordentl. Prof. der Staatswissenschaften an der Univ. Berlin u. s. w. Leipz. u. Heidelb. C. F. Winter. 1872. XVI u. 603 S. 8.

Juristische Wochenschrift. Organ des deutschen Anwalts-Vereins. Herausg. v. S. Hänle, Adv. in Ansbach u. J. Johannsen, Rechtsanwalt beim K. Obertrib. in Berlin. Berlin 1872. Weidmannsche Buchhandl. No. 1—6. Aus dem Inhalt: Was wir wollen — Die Ergebnisse des zweiten Anwalttages — Ein bürgerliches Recht für ganz Deutschland. — Mittelstedt, Zur Rechtfertigung der von dem deutschen Prozeßentwurf beabsichtigten Mündlichkeit — Die bayrische Civilprozeßordnung in der Praxis — Die Anwälte in den alten preußischen Provinzen — Präjudizien aus dem Strafrecht. — Levy, Glossen zu dem Entw. der deutschen Prozeßordnung — Das deutsche Ob.-Handelsgericht. — Wagner, Das Reichsstrafgesetzbuch und das badische Einführungsgesetz.

Allgemeine deutsche Strafrechtszeitung, zur Förderung einheitl. Entwickelung auf den Gebieten des Strafrechts, des Strafprozesses und des Gefängnißwesens, sowie für strafgerichtliche Medizin, herausg. v. Fr v. Holtzendorff, XII. Jahrg. (Neue F. 2 Jahrg.) Leipz. 1872. Verl. von J. A. Barth. 1 Heft. Inhalt: v. Held, Mein Ausscheiden aus dem Staatsdienst mit einem Nachtrag von F. Holtzendorff. — Pape, Zur Beurtheilung der §. 57 Nr. 3 D. Str. G. B's. Puchelt, Aus der Praxis des höchsten Leipziger Gerichtshofes. — Neuere Gefängnißliteratur. — Geyer, Maltes. Gefängnißsystem. — v. Holtzendorff, Der internationale Gefängnißkongreß — Literarisches. Vermischtes.

Deutsche Reichsgesetzgebung. Textausgaben mit Anmerkungen. — Deutsche Reichs-Gewerbe-Ordnung, gegeben Berlin, den 21. Juni 1869, nebst den vom Bundesrath beschlossenen Ausführungsbestimmungen. Textausg. mit Anm. u. Sachregist. v. Ph. Berger, Regier.-R. — Die Deutsche Postgesetzgebung, Textausg. der D. Postgesetze u. d. Post-Reglements von Dr. P. D. Fischer, Geh. Postrath. — Strafgesetzbuch für das deutsche Reich gegeb. Berlin den 15. Mai 1871. Nebst den Einführ.-Gesetzen für das Reich u. für Lothringen. Textausg. mit Anmerk. u. Sachreg. von H. Rüdorff, Ob.-Ger.-R. Vierte Aufl. — (In einzelnen Bändchen.) Berlin 1872. Verl. v. J. Guttentag. (D. Colin.) 12.

Deutsche Reichsgesetze, Band 17. (Kortkampfsche Ausg.) — Reichsgesetz über den Unterstützungswohnsitz vom 6. Juni 1870. Aus den gesammten amtl. Materialien ausführl. erläutert. Mit allen Einführungsgesetzen und den Gesetzen betr. Freizügigkeit und Erwerb und Verlust der Staatsangehörigkeit, sowie der

Gothaer Konvention vom 15. Juli 1851. Bearb. von Reg.-R. a. D. Beutner und G. Herrfurth. Berlin 1872. Fr. Kortkampf. VI. 295 u. XVI S.

Staudinger, Dr. J., k. bayr. Appellat.-Ger.-R., z. Z. im Justizminist., die Einführung norddeutscher Justizgesetze als Reichsgesetze in Bayern. 2. Abth. Lieferg. 3. Erlangen 1872. Palm u. Enke. Inhalt: Erläuterungen zu dem Ges. v. 3 Juli 1869, betr. die Gleichberechtigung der Confessionen und zu dem Ges. vom 11. Juni 1870, betr. die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften.

Kleinschmidt, Hofrath rc., General-Register zu den ersten fünf Jahrgängen des Bundes-, bezügl. Reichsgesetzblattes 1867 bis mit 1871 unter Beigabe der zu einzelnen Gesetzen erschienenen Commentare und sonstigen wissenschaftlichen Elaborate. Leipzig. Serbesche Verlagsbuchh. 1872. 4. 58 S.

Goldschmidt, L., die Nothwendigkeit eines deutschen Civilgesetzbuches. Vortrag gehalten in der gemeinnützigen Gesellschaft zu Leipzig am 11. März 1872. Besonderer Abdruck aus der Wochenschrift „Im neuen Reich". Jahrg. 1872. H. 13. Leipz. S. Hirzel.

Weinhagen, R. Dr., das Festungsrayon-Gesetz des deutschen Reiches. Köln 1872. Selbstverlag. LVI u. 202 S. 8. (1 Thlr.)

Rathmann, Dr. F., Ob.-Trib. R. der Einzelrichter. Einige Worte über Gerichtsorganisation und Prozeßordnung. Berlin 1872. Carl Heymanns Verlag. 67 S. 8.

Hahn, C., Ob.-Trib.-R., Strafgesetzbuch für das deutsche Reich. Mit Erläuterungen aus den Motiven und der Rechtssprechung des Königl. Preuß. Ober-Tribunals. 2. Aufl. Bresl. 1872. J. U. Kern's Verl. 332 S. 8.

Sonntag, Dr. K. R. Prof., die Festungshaft. Ein Beitrag zur Geschichte des deutschen Strafsystems und zur Erläuterung des Reichsstrafrechts. Leipz. Heidelb. Wintersche Verlagshandl. 1872 202 S. 8.

Meyer, Dr. G., Privatdoc. an d. Univ. Marburg, Staatsrechtliche Erörterungen über die deutsche Reichsverfassung. Leipzig. Serigsche Buchhandl. 1872. 8. 82 S.

Schulze, Dr. H., Mitgl. d. Herrenhauses u. Kronsyndikus, K. Geh. J.-R. u. ord. Prof. d. Rechte zu Breslau. Das Preußische Staatsrecht als Grundlage des deutschen Staatsrechts dargestellt. I Bd. 2 Abth. Spezieller Theil. 2. Kap., Von den Staatsämtern und den Staatsdienern. 3. Kap., Von den Staatsbürgern. Leipz. Druck u. Verl. von Breitkopf u. Härtel. 1872. IV. S. 231 bis 410.

Ebmeier, Oberger.-R. in Göttingen, die Preußische Strafprozeßordnung vom 25. Juni 1867 unter Berücksichtigung der neueren Gesetzgebung u. Rechtsprechung mit ergänzenden, erläuternden u. kritischen Anmerkungen. Berlin 1872. Verlag v. Fr. Vahlen. 8. XII u. 306 S.

Johow, Reinh., Ober-Trib.-R., Jahrbuch für endgültige Entscheidungen der Kgl. Appelationsgerichte. I Bd Berlin 1872. Verl. v. Franz Vahlen. 8. XX u. 226 S.

Allg. österr. Gerichtszeitung. Verantw. Redakteur Dr. R. Nowak. XL Jahrg. Jänner 1872. Nr. 1—9. Wien. Manzsche Buchhandl. Aus dem Inhalt hervorzuheben: Wahlberg, die Verbindung der juristischen und des laienhaften Elementes in dem Strafgericht. — Exner, Polem. Erörterungen zum österr. Tabularrecht.

Allgemeine Gerichtszeitnng für das Königreich Sachsen u. die großherzogl. u. herzogl. sächs. Länder. Herausg. v. Dr. O. F. Schwarze, General-Staatsanw. u. s. w. XVI. Jahrg. 1872. 1. Heft. Inhalt: Gareis, Lausitzer Schwurgerichtsfälle. — Entsch. d. K. Oberappellationsgerichts Dresd., betr. Strafrecht, die Strafprozeßordnung, die Gesetze über das Verh. vor den Geschworenen- u. Schöffengerichten. — Miszellen.

Derselben zweites Heft. Inhalt: Schwarze, Begriff der Gewalt nach dem Reichsstrafgesetzbuch, Entscheidungen des K. Oberappellationsgerichts zu Dresden.

Abhandlungen.

IX.

Von dem Rechtsschutze gegen widerrechtliche Verhaftung,

vom Herrn Regierungsrath v. Stemann in Kiel.

Es darf von der bevorstehenden Strafprozeßordnung erwartet werden, daß sie die Handhabung der die individuelle Freiheit beschränkenden staatlichen Rechte, welche zur Ueberführung des Angeschuldigten unerläßlich sind, genauer wie bisher geschehn gesetzlich fixire, unter anderem auch in Bezug auf die Verhaftung, dieselbe mag von richterlichen oder Polizeibehörden ausgehn, sowohl die Bedingungen, wie das Verfahren an strengere Normen binde. Allein die besten gesetzlichen Bestimmungen würden hier wenig nützen, wenn nicht für ihre Vollziehung durch Gewährung vollen Rechtsschutzes gleichzeitig gesorgt wird. Gegen jede rechtswidrige Verhaftung muß daher die Eröffnung des Rechtsweges durch Gewährung einer Entschädigungsklage gestattet sein, eine Klage welche nicht blos gegen den schuldigen Beamten, sondern nach Befinden der Umstände auch gegen den Staat muß gerichtet werden können.

Von einem derartigen Rechtsschutze sind wir zur Zeit in Deutschland noch weit entfernt, wie eine Uebersicht der Gesetzgebung und Praxis der verschiedenen Länder in dieser Frage ergeben wird. Betrachtet man die Frage nicht für sich, sondern aus dem allgemeineren Gesichtspunkte, inwiefern der Beamte und für ihn der Staat zum Ersatze des Schadens verpflichtet ist, welcher durch pflichtwidrige Ausübung des Amts oder durch pflichtwidrige Unterlassung der Ausübung amtlicher Funktionen entstanden ist, so ist die gemeinrechtliche Theorie darüber zu einem festen Abschlusse nicht gekommen.

Nach römischem Rechte, welches die Reichsgesetze bestätigten, stand bekanntlich die Syndikatsklage nur der beeinträchtigten Parthei gegen den Richter zu, welcher in doloser Weise oder aus grober Fahrlässigkeit ein ungerechtes Urtel gesprochen hatte, außerdem fand unter gleichen

Die neuere Praxis des Gerichtshöfe hat jedoch in einzelnen Ländern angenommen, daß der Staat unbedingt für Amtshandlungen seiner Beamten hafte, so in Baiern.

Die Wissenschaft hat sich gleichfalls in neuerer Zeit vielfach mit der Frage beschäftigt, ob und inwiefern der Staat für die Versehn seiner Beamten aufzukommen habe. Es darf wohl behauptet werden, daß man ziemlich allgemein darin einverstanden ist, daß die Frage ihrer inneren Natur nach eine rein staatsrechtliche ist, welche ihre Lösung nur aus dem Staatszweck, nicht aber aus den Grundsätzen des Privatrechts empfangen kann, weil die Amtsgewalt sowohl im Verhältnisse zwischen dem Staat und seinen Beamten, als in demjenigen zwischen dem Staat und einem Dritten durch Vermittlung von Beamten Ausfluß der höchsten Gewalt im Staate, und die Subjektion des Staatsbürgers eine nothwendige Folge der staatsbürgerlichen Ordnung sei.

Der deutsche Juristentag hat sich in den Jahren 1869 bis 1871 in mehreren Versammlungen eingehend mit diesem Gegenstande beschäftigt[6]) und es ist namentlich dem Einflusse Zachariäs zu danken, daß derselbe in Stuttgart mit großer Majorität den Beschluß gefaßt hat, „daß der Staat bei seiner Gesetzgebung in Betreff der Schadenszufügung seiner Beamten das Prinzip der direkten Haftverbindlichkeit des Staats zur Grundlage zu nehmen habe." Als Gegner trat hier hauptsächlich Bluntschli auf, seine Bedenken waren größtentheils politischer und finanzieller Natur. Er befürchtete, daß die unbedingte Ersatzpflicht des Staats eine zu große Belastung der Staatskasse, und dadurch einen übermäßigen Druck der Steuerpflichtigen herbeiführen werde, auch war er der Meinung, daß die Unabhängigkeit des Beamten, insonderheit des Richters, darunter leide, wenn der Staat die Pflicht der Verantwortlichkeit für die Beamten durch Zahlung einer Entschädigung übernehmen solle, zumal ihm dann auch nicht verwehrt werden könne, in jede Amtssphäre einzugreifen, um zu verhindern, daß der Fall der Verantwortlichkeit nicht eintrete. Dem gegenüber wurde mit Recht geltend gemacht, daß die Steuerpflichtigen sich schwerlich beklagen würden, wenn sie ihre Rechtssicherheit auch mit einigen Kreuzern erkaufen müßten, und daß die gesetzgebenden Faktoren schon dafür sorgen würden, die Ersatzpflicht des Staats mit der Unabhängigkeit der Beamten, namentlich der Richter, zu vereinigen. Von Zachariä wurde besonders hervorgehoben, daß die politischen Bedenken dem rechtlichen Standpunkte gegenüber nicht

---

[6]) Verhandlungen des 9. deutschen Juristentages, Bd. 1 S. 389 u. f., Bd. 3 S. 26 u. f.

maßgebend sein könnten, daß vielmehr das staatsrechtliche Verhältniß es mit sich bringe, daß der Staat im Allgemeinen durch seine Beamten ebenso verpflichtet werde, wie er durch sie allein berechtigt sei von den Unterthanen Unterwürfigkeit unter seinen Willen zu verlangen. Er warnte vor der Konsequenz des entgegengesetzten Prinzips, welches zu einem Widerstandsrechte der Unterthanen in einem Umfange führen werde, der mit der Staatsordnung durchaus sich nicht vertrage, ließ indessen Ausnahmen seines Prinzips daneben gelten, welche dann durch Gesetze näher zu bestimmen seien.

Mit Rücksicht hierauf haben wir die Frage zu beantworten, ob der in der Verhaftung liegende Eingriff in das Gebiet der individuellen Freiheit nach dem vom Juristentage aufgestellten allgemeinen Prinzip zu entscheiden oder als Ausnahmefall zu behandeln ist.

Wir nehmen den Ausdruck Verhaftung hier im weitesten Sinne als räumliche Beschränkung der Freiheit und begreifen darunter die vorläufige Ergreifung und Festnahme, die Untersuchungshaft, die Strafhaft, die polizeiliche Verwahrung, auch die von Privatpersonen vorgenommene Ergreifung und Festhaltung. Welche Bewandniß soll es mit dem Ersatze des durch eine derartige Verhaftung herbeigeführten Schadens haben, wenn diese Maßregel sich als widerrechtlich ausweist?

Seit dem Jahre 1848 sind die Gesetzgebungen verschiedener Bundesstaaten diesem Gegenstande nicht ganz fremd geblieben.

Die frankfurter Reichsverfassung hatte nämlich im Art. III. zu den Grundrechten des deutschen Volks bestimmt:

„Im Falle einer widerrechtlich verfügten oder verlängerten Gefangenschaft ist der Schuldige und nöthigenfalls der Staat dem Verletzten zur Genugthuung und Entschädigung verpflichtet."

Diese Vorschrift sollte bewirken, daß bei Anlegung der Haft mit der der Humanität und Menschenwürde entsprechenden Vorsicht zu Werke gegangen, auch die eingetretene Haft wieder aufgehoben werde, sobald die Umstände irgend es zuließen.

Gleiche und ähnliche Bestimmungen ergingen hierauf in Baden [7]), Anhalt [8]) (Dessau, Köthen und Bernburg), Braunschweig, Oldenburg, Sachsen-Altenburg, Sachsen-Koburg-Gotha und Schwarzburg-Sondershausen. [9]) In den größeren deutschen Bundesstaaten, welche gegenwärtig

---

7) Ges. v. 3. Febr. 1851 u. §. 26 des StGB.

8) Strafprozeßordnung §. 143.

9) Ges. v. 4. Juli 1851 Art. 3 §. 8 Abs. 5 für Braunschweig, Staatsgrundgesetz

zum deutschen Reiche gehören, fand dagegen die individuelle Freiheit gegen willkührliche Verhaftung den geeigneten Rechtsschutz nicht; da solcher jedoch auf dem Gebiete der Justizverwaltung am leichtesten durchzuführen ist, uns auch keine Gründe einleuchten, weshalb man bei der im Allgemeinen so wünschenswerthen Verwaltung nach Gesetzen von dem vom Juristentage proklamirten Prinzip hier abweichen sollte, so geben wir uns der Hoffnung hin, daß die neue Strafprozeßordnung die Ersatzpflicht des Schuldigen wie des Staats durch einen allgemeinen Grundsatz anerkennen und die weitere Regelung desselben einem besonderen Reichsgesetze vorbehalten wird, denn es ist unerläßlich, daß auch bei der Durchführung des Prinzips im ganzen Reichsgebiet gleichmäßige Normen zur Anwendung kommen, und der Rechtsgang nirgends behindert wird.

Ein solches Gesetz würde die näheren Bedingungen zu bezeichnen haben, unter denen die Rechtsverfolgung statthaft erscheint.

Die erste Voraussetzung eines Klagerechts ist die objektive Rechtswidrigkeit der Verhaftung. Das Requisit ist nicht vorhanden, wenn dem Staate, beziehungsweise seinen Beamten oder auch einer Privatperson ein Recht zur Vornahme der Handlung zur Seite steht. An der erforderlichen Berechtigung aber mangelt es nicht blos, wenn die Maßregel überall gar nicht in den erlaubten Wirkungskreis dessen fällt, der sie vornimmt, sondern auch dann, wenn die Formen nicht gewahrt werden, unter welchen die Gesetze die Verhaftung gestatten, oder wenn im konkreten Falle die gesetzlichen Voraussetzungen nicht vorliegen, unter denen verhaftet werden darf, oder endlich das in concreto begründete Recht mißbräuchlich geübt wird. Beispiele dieser verschiedenen Art der Rechtswidrigkeit sind folgende: Ein Beamter, der überhaupt mit Verhaftungen nichts zu thun, nimmt solche vor, der Richter unterläßt es, einen schriftlichen Haftbefehl auszufertigen, oder solchen rechtszeitig dem Beschuldigten zuzustellen, der Polizeibeamte verhaftet ohne vorliegende Wahrscheinlichkeit, daß eine strafbare Handlung begangen, oder ohne hinreichenden Fluchtverdacht, eine Privatperson nimmt den ihm bekannten Thäter bei Ausführung einer strafbaren Handlung fest, ohne daß er flieht oder der Flucht dringend verdächtig ist, der rechtmäßig Verhaftete wird, obgleich er nachträglich genügende Kaution stellt, nicht freigelassen,

---

v. 22. Nov. 1852 Art. 39 §. 6 für Oldenburg, Strafprozeßordnung v. 27. Febr. 1854 für Altenburg, Verfassung v. 3. Mai 1852 für Koburg-Gotha, Verfassung vom 12. Dezember 1849 §. 11 für Sondershausen.

der polizeilich Festgenommene wird nicht innerhalb der gesetzlichen Frist dem Staatsanwalt oder Untersuchungsrichter übergeben, die Behandlung des Gefangenen in der Untersuchungshaft widerspricht den darüber ergangenen Vorschriften, der von einer Privatperson Ergriffene wird nicht sofort einem Sicherheitsbeamten zugeführt, ein ergangener Haftbefehl wird nicht wieder aufgehoben, obgleich die Gründe weggefallen sind, welche die Untersuchungshaft rechtfertigten, eine unrichtige Person wird zur Strafvollstreckung gefänglich eingezogen. Man glaube nicht, daß solche Fälle der deutschen Praxis fremd geblieben; wer sich längere Zeit in derselben umgesehn, wird aus eigener Erfahrung den einen oder anderen Fall bezeugen können.

In einer belgischen Schrift über die Reform der Voruntersuchung [10]) wird eine objektive Rechtswidrigkeit auch dann noch angenommen, wenn die Untersuchung dahin geführt, daß der Verhaftete außer Verfolgung gesetzt oder freigesprochen wird. Den Verfassern erscheint es unwiderleglich, daß der Freigesprochene wegen seiner Verhaftung allemal entschädigt werden müsse, und ihre Argumentation richtet sich daher nur auf den Nachweis, daß der außer Verfolgung Gesetzte nicht anders behandelt werden dürfe, weil die Justiz nur Schuldige oder Unschuldige kenne und daher Jeden, den sie nicht überführen könne, als unschuldig betrachten müsse. Gegen die Folgerung haben wir nichts einzuwenden, wir können jedoch die Prämisse nicht zugeben. Wenn das freisprechende Erkenntniß auch die volle Unschuld des Angeklagten ergeben sollte, so ist damit noch keineswegs gesagt, daß nicht die Untersuchungshaft eine wohlbegründete war. Die Rechtmäßigkeit einer Handlung kann nur nach dem Zeitpunkt ihrer Vornahme beurtheilt werden. Sie stützt sich auf das derzeit vorliegende Material und wenn dieses hernach durch damals nicht vorauszusehende Umstände beseitigt wird, so verliert die vorgängige Untersuchungsmaßregel dadurch nicht ihren rechtmäßigen Charakter. Es würde daher auch allen Rechtsgrundsätzen widersprechen, wollte man den Staat und seine Beamten, die genau ihre Pflicht gethan, für eine Handlung verantwortlich machen, welche sie nicht vorgenommen haben würden, wenn sie zur Zeit der Vornahme die spätere Sachlage gekannt hätten.

Durch eine objektive Rechtswidrigkeit der Maßregel selbst zur Zeit ihrer Erlassung muß also der davon Betroffene beschädigt sein. Wir verlangen ein der Geldschätzung fähiges Unrecht, gleichviel ob der Schaden

---

[10]) Réforme de l'instruction préparatoire en Belgique par A. Prins et H. Pergameni 1871, p. 221 u. f.

ein unmittelbarer oder mittelbarer oder ein solcher ist, der in einem entzogenen Gewinne besteht. In einer neueren Schrift, „Die Reform der Preußischen Verfassung, Leipzig 1870“, wird zwar gefordert, daß dem Verletzten das erlittene Unrecht als solches, nicht blos der pekuniäre Schaden vergütet werde, weil es in allen Fällen unbequem und weitläuftig, in vielen unmöglich sei, einen pekuniären Schaden besonders nachzuweisen. Ein Grundbesitzer oder Rentier, meint der Verfasser, welcher widerrechtlich einige Tage in Haft gehalten werde, könne schwerlich den dadurch erlittenen pekuniären Schaden genauer nachweisen, die Schadensklage würde also für ihn illusorisch. Allein unseres Erachtens kann die Schwierigkeit des Beweises nicht maßgebend sein, und dem Verletzten eine Geldstrafe zuzusprechen scheint uns schon um deswillen bedenklich zu sein, weil dadurch das erlittene Unrecht in Wirklichkeit gar nicht vergütet wird. Wer durch die rechtswidrige Verhaftung keinen nachweisbaren Schaden erlitten, wird nur noch an seiner Ehre eine Einbuße erleiden können, und dieserhalb eine angemessene Genugthuung in geeigneter Veröffentlichung seiner Unschuld finden, woran das Gesetz ihn freilich niemals sollte hindern dürfen.

Soll die Entschädigungsklage gegen einen Beamten oder gegen eine Privatperson gerichtet werden, so muß ferner deren subjektive Verschuldung vorliegen, der zugefügte Schaden muß seiner letzten Ursache nach auf das Verschulden eines Beamten oder einer Privatperson zurückgeführt werden. Der Beamte ist unseres Erachtens regreßpflichtig nicht nur, wenn er vorsätzlich oder aus grobem Versehen beschädigt, sondern nach Analogie der für Sachverständige geltenden Vorschriften schon dann, wenn er eines mäßigen Versehens sich schuldig macht, wogegen die Haftpflicht der Privatpersonen auf dolus und lata culpa zu beschränken sein dürfte. In Beziehung auf die Fortdauer der Haft (Untersuchungs- oder Strafhaft) ist der Beamte auch wegen doloser und culposer Unterlassungen verantwortlich, da er durch die Verhaftung in ein bestimmtes Rechtsverhältniß zu dem Verhafteten getreten ist, welches ihm diesem gegenüber bestimmte positive Pflichten auferlegt.

Was nun die Haftpflicht des Staates anlangt, so ist es zunächst einleuchtend, daß dieselbe wegfällt, wenn die beschädigende Handlung von einer Privatperson ausgegangen ist, und ebenfalls dann, wenn Jemand sich eine ihm gar nicht zustehende Amtsgewalt angemaßt hat. Hat aber der formell kompetente Staatsbeamte den Schaden zugefügt, so entsteht bei Anerkennung der Haftpflicht im Prinzip die Frage, ob diese Haftpflicht des Staats eine primäre oder eine subsidiäre sein soll. Wir möchten die Entscheidung hierüber in die Wahl des Klägers gestellt

wissen. Die Anhänger der subsidiären Haft berufen sich auf den natürlichen Grundsatz, daß wer ein Delikt verübt, zunächst persönlich für Schadensersatz hafte, die Vertreter der primären Haft erblicken in der Nöthigung, vorerst die Klage gegen den einzelnen Beamten zu richten, eine Erschwerung des Rechtsweges. Man könne dem Beschädigten nicht zumuthen, wo bei der beschwerenden Maßregel eine Reihe von Organen betheiligt sei, den schuldigen Beamten herauszufinden, oder wenn Collegien entschieden haben, die an dem gesetzwidrigen Beschlusse schuldigen Mitglieder zu ermitteln, man könne ihm nicht zumuthen, erst in der Vollstreckungsinstanz die Erfahrung zu machen, daß der Beamte zahlungsunfähig sei, oder mit Aufwendung von Kosten und Zeit mehrere Prozesse gegen vermuthete Schuldige zu führen, die dann, weil sie einen höheren Auftrag vorweisen, von der Klage entbunden werden. Uebernähme zunächst der Staat die Vertretung dem Beschädigten gegenüber, so werde es ihm im Falle seiner Verurtheilung nicht schwer fallen, den schuldigen Beamten herauszufinden, gegen den er seinen Regreß zu nehmen habe, und auf diese Weise werde die Verantwortlichkeit des Beamten eine viel strengere sein, als wenn er nur dem Publikum gegenüber haftbar sei. Wir glauben nun, daß alle diese Gründe volle Beachtung finden werden, wenn man es dem Beschädigten überläßt, ob er seine Klage gegen den schuldigen Beamten oder den Staat richten will. Liegt die Verschuldung eines bestimmten Beamten klar zu Tage, und ist seine Solvenz nicht zweifelhaft, so wird es wohl allemal im eigenen Interesse des Klägers liegen, sein Klagerecht zunächst gegen den Schaden zufügenden Beamten geltend zu machen; um ihn auf diesen natürlichen Weg zu verweisen, bedarf es keiner gesetzlichen Bestimmung; wenn dagegen nach Lage der Umstände die Einschlagung dieses Weges mit Hindernissen und Weiterungen verknüpft ist, so würde es nicht gerechtfertigt sein, ihn an die Betretung dieses mühevollen und kostspieligen Weges zu binden, wo er auf einfacherem Wege zu seinem Rechte gelangen kann.

Wir gehn aber noch einen Schritt weiter und sind der Ansicht, daß eine Entschädigungsklage gegen den Staat auch dann gegeben werden müsse, wenn nur die objektive Rechtswidrigkeit der beschwerenden Maßregel ohne gleichzeitige subjektive Verschuldung der Beamten vorliegt. Ein Schaden ist eingetreten, und es fragt sich nur, wer soll ihn leiden, der Einzelne oder der Staat? Kann man hier die verursachende Thätigkeit des Staats auf eine Linie stellen mit dem Wirken der Naturgewalten, oder liegt es ihm, der die Rechtsordnung selbst ist, nicht ob, jede Abweichung von derselben zu vertreten, und demjenigen, der sich gehorsam und vertrauensvoll seinen Anordnungen fügt, den zugefügten

Schaden zu vergüten. Dazu kommt, daß in vielen, vielleicht den meisten Fällen, wenigstens die Beamten der unteren Kategorien, Dorfschulzen, Gensdarmen, Polizeisergeanten und Andere das Gesetz falsch interpretiren und in übertriebenem Diensteifer aber in gutem Glauben eine objektiv rechtswidrige Maßregel ergreifen, welche den zugefügten Schaden verursacht. Soll in solchen Fällen der Beschädigte die oft sehr empfindlichen Nachtheile tragen? Dies dürfte doch kaum mit dem Anspruche auf eine gesetzmäßige Verwaltung sich vertragen. Wir glauben, daß es sich auch hier empfiehlt, das Urtheil über die Gesetzmäßigkeit der Handlung in die Hand des Richters zu legen und wenn der Richterspruch ergiebt, daß das Gesetz falsch angewendet worden, auch ohne subjektive Verschuldung den Staat zu verpflichten, das objektive Unrecht zu sühnen.

Bisher haben wir nicht unterschieden, ob die Beschädigung von Verwaltungsbeamten oder vom Richter ausgegangen; daß sie bei rechtswidriger Verhaftung von dem Einen und Anderen ausgehn kann, ist klar. Es werden aber diejenigen Fälle von der Entschädigungspflicht ausscheiden müssen, wo durch einen richterlichen Spruch in letzter Instanz constatirt wird, daß das Gesetz auf den einzelnen Fall richtig angewendet worden, weil dieses Urtel infolge der den Gerichten, aber auch nur ihnen allein zukommenden Machtbefugniß, die Gesetze mit bindender Autorität auszulegen, für den konkreten Fall zum Gesetze wird, und die Behauptung unrichtiger Gesetzesanwendung widerlegt.

Ebenso fällt die Haftpflicht des Beamten wie des Staats weg, wenn es dem Beschädigten möglich war, den ihm zugefügten Schaden auf andere gesetzmäßige Weise abzuwenden. Unterläßt er dies freiwillig ohne Noth oder aus Unkenntniß der Gesetze, welche im Allgemeinen nicht entschuldbar ist, so kann er nicht noch nachträglich verlangen, daß ihn der Staat, der ihm den Weg zur Aufhebung der beschwerenden Verfügung offen ließ, eine Entschädigung gewähre. Eine Ausnahme könnte nur gestattet werden, wenn die Gesetzwidrigkeit oder Beschädigung nicht sofort erkennbar wäre. Für die Verjährung der Ersatzklage würden wir die dreijährige Frist, welche das Pr. ALR. für die Schadensklage überhaupt bestimmt, den Verhältnissen für angemessen erachten.

Die Vorschriften des Konfliktsgesetzes von 1854 und etwanige anderweitige Beschränkungen des Rechtsweges müßten auf dem durch diese Klage beherrschten Gebiete für immer beseitigt werden. Nach diesen Gesichtspunkten wäre unseres Erachtens das in die neue Strafprozeßordnung aufzunehmende allgemeine Prinzip zu regeln, um den

Schutz der individuellen Freiheit gegen willkührliche Verhaftungen genügend zu verbürgen, und dem Gesetze die schuldige Achtung zu sichern. Mit der bloßen Anerkennung des Prinzips ist noch wenig gethan, so lange nicht ein geeignetes Ausführungsgesetz das politische Leben durchdringt und beherrscht. Sollte daher ein solches nicht gleichzeitig mit dem Entwurfe der Strafprozeßordnung vorgelegt werden, so wird es dem Reichstage obliegen, sich über die entsprechende Vorlage mit der Staatsregierung zu verständigen.

X.

Bemerkungen zu dem Entwurf eines Gesetzes über das Vormundschaftswesen.

Von Herrn Amtsrichter Schimmelpfennig in Schmalkalden.

Der veröffentlichte Entwurf eines für die gesammte preußische Monarchie bestimmten Gesetzes über das Vormundschaftswesen hat in dieser Zeitschrift vom Standpunkt des Allgemeinen Landrechts wiederholt Beurtheilung gefunden,

Maercker, Bemerkungen eines altländischen Richters zu dem Gesetzentwurf über das Vormundschaftswesens vom Standpunkt der Praxis. Band IV. S. 305 ff.

Philler, der Entwurf eines Gesetzes über das Vormundschaftswesen. Band IV. S. 316 ff.

und dürfte es an der Zeit sein, daß sich auch aus dem Lager des gemeinen Rechts einmal eine Stimme über denselben vernehmen lasse. Der Verfasser dieser Abhandlung hat sich zur Aufgabe gestellt, den Entwurf in materieller Beziehung vom Standpunkt des gemeinen und insbesondere des im vormaligen Kurfürstenthum Hessen geltenden Vormundschaftsrechts unter Berücksichtigung der praktischen Erfahrungen, welche bei den hessischen Gerichten während einer langjährigen Anwendung des gegenwärtig in Geltung befindlichen Rechts gemacht worden sind, einer Prüfung zu unterziehen.

Wenn wir uns zunächst fragen, ob denn das im vormaligen Kurfürstenthum geltende Vormundschaftsrecht, wie sich dasselbe auf Grund des gemeinen Rechts und der deutschen Reichsgesetzgebung durch die hessischen Landesgesetze, durch Gewohnheit und Praxis der Gerichte ausgebildet hat,

vergl. Roth u. Meibom, kurhessisches Privatrecht. S. 514 fgg.
Wagner, Grundzüge der Gerichts-Verfassung in Kurhessen. S. 602 fgg. .

einer Reform bedürftig sei, so glauben wir diese Frage unbedingt verneinen zu müssen. Denn wenngleich der Mangel einer umfassenden Vormundschaftsordnung eine verschiedenartige, hie und da zu laxe Praxis zur Folge gehabt hat, wenngleich einzelne Bestimmungen des hessischen Vormundschaftsrechts theils als veraltet anzusehen sind, theils als unpraktisch sich erwiesen haben, so ist doch der Wunsch einer durchgreifenden Aenderung des Vormundschaftswesens bei den Gerichten niemals hervorgetreten oder als berechtigt anerkannt worden und wenn im Publikum hie und da Beschwerden laut geworden sind, welche die Behandlung der Vormundschaftssachen zum Gegenstand hatten, so trafen dieselben nicht etwa die bestehenden Einrichtungen an sich, sondern die Art und Weise, wie besonders in früherer Zeit einzelne Richter die ihnen obliegende Oberaufsicht über die Vormundschaften handhabten, indem sie die Vormünder in ihrer Thätigkeit allzusehr beschränkten und denselben durch ungeeignete Einmischung in die eigentliche Verwaltung, durch kleinliche Pedanterie und allerhand Nörgeleien ihr Amt verleideten.

Auch die Motive zum Entwurf erkennen dies an; sie sagen ausdrücklich, daß man sich im Gebiet des gemeinen Rechts im Allgemeinen zu Gunsten des bestehenden Zustandes ausgesprochen habe, und was insbesondere das ehemalige Kurfürstenthum anlangt, so haben sie den vielfachen Versuchen einer Fortbildung des Vormundschaftswesens in den landrechtlichen Provinzen und den wiederholten Reformbestrebungen im ehemaligen Königreich Hannover irgend welche Vorschläge oder Projekte, in welchen für Hessen das Bedürfniß nach einer Umgestaltung des Vormundschaftswesens hervorgetreten wäre, nicht zur Seite zu stellen vermocht. (Vergl. S. 41 der Erläuterungen zum Entwurf.)

Demungeachtet können wir es nur billigen, daß das neue Vormundschaftsgesetz auch für die neuen Landestheile bestimmt ist; denn es läßt sich nicht wohl bestreiten, daß eine gemeinsame Gesetzgebung auf dem Gebiet des Vormundschaftsrechts nicht allein praktisch ausführbar ist, sondern mit Rücksicht auf die gänzliche Umgestaltung der Verkehrsverhältnisse, die überall hervortretende soziale Bewegung, in Folge deren eine und dieselbe Familie bald in dieser, bald in jener Provinz ihren Wohnsitz nimmt, auch als durchaus wünschenswerth und zweckmäßig sich darstellt.

Begrüßen wir also den Entwurf als ein neues, wichtiges Glied in der Kette, welche die einzelnen Theile unseres preußischen Vaterlandes

durch gemeinsame Einrichtungen auf dem Rechtsgebiet fester und inniger mit einander verbinden soll.

Daneben wird man es je doch begreiflich und gerechtfertigt finden, wenn wir den Wunsch hegen, daß das zu erwartende Vormundschaftsgesetz keine Verschlechterung des seitherigen Zustandes für uns zur Folge habe, daß man bei dieser Gesetzgebung soviel als thunlich auch auf diejenigen Einrichtungen Rücksicht nehme, welche sich während einer langjährigen Praxis bei den hessischen Gerichten bewährt und eingebürgert haben — eine Rücksicht, die man bei der Umgestaltung der hessischen Rechtszustände nicht immer beobachtet hat.

Nach einer sorgfältigen Prüfung des Entwurfs stehen wir nicht an, unser Urtheil über denselben dahin auszusprechen, daß der Entwurf als Grundlage eines neuen Gesetzes über das Vormundschaftswesen recht wohl annehmbar ist, daß er jedoch, wenn er so, wie er vorliegt, Gesetzeskraft erlangen sollte, in vielen wesentlichen Punkten keineswegs als eine Vervollkommnung unseres seitherigen Vormundschaftsrechts angesehen werden könnte.

I. Allgemeine Bemerkungen.

1. Es läßt sich nicht leugnen, daß der Entwurf eines für alle Theile der preußischen Monarchie bestimmten Gesetzes über das Vormundschaftswesen mit erheblichen Schwierigkeiten zu kämpfen hat, welche daraus entspringen, daß das in den verschiedenen Rechtsgebieten gegenwärtig in Geltung befindliche Vormundschaftsrecht auf völlig von einander abweichenden Grundprinzipien beruht und sich daher auch in der Praxis durchaus verschiedenartig gestaltet hat. Während nach dem Allg. Landrecht der Schwerpunkt im Vormundschaftswesen beim Gericht zu suchen ist, welches so zu sagen die gesammte Verwaltung in der Hand hat, ist im französischen Recht der Einfluß der Familie vorwiegend, wogegen in den Ländern des gemeinen Rechts und insbesondere in Hessen der Vormund selbst die erste Stelle einnimmt.

Betrachtet man nun die §§. 68, 77 und 80 des Entwurfs, so gelangt man nothwendig zu der Ueberzeugung, daß sich derselbe auf den Standpunkt des gemeinen Rechts gestellt hat, indem er die über alle persönlichen und Vermögens-Angelegenheiten des Pflegebefohlenen sich erstreckende vormundschaftliche Verwaltung dem Vormund als eine selbstständige, mit eigener Verantwortlichkeit verbundene, überträgt. Hat der Entwurf hiernach mit dem Prinzip des Allg. Landrechts gebrochen und die Selbständigkeit des Vormunds als leitenden Gesichtspunkt aufgestellt, so wäre es unseres Erachtens konsequent gewesen, wenn er bei

den einzelnen Bestimmungen mehr auf die Praxis derjenigen Landestheile Rücksicht genommen hätte, in welchen die Selbständigkeit des vormundschaftlichen Amtes längst anerkannt, in welchen — wie z. B. in Hessen — dies Prinzip in vollstem Maße zur Durchführung gelangt und während einer langen Reihe von Jahren auf die Probe gestellt ist, statt sich immer wieder an die auf möglichste Einschränkung des Vormunds hinzielenden Vorschriften des Allg. Landrechts anzulehnen. Es giebt kein anderes Rechtsgebiet, auf welchem die Praxis ein so entscheidendes Wort mitzusprechen hätte, als grade das Vormundschaftswesen, und wir sind daher der Ansicht, daß sich die Kritik des vorliegenden Gesetzentwurfs auf den Standpunkt der Praxis zu stellen hat, wenn sie von Nutzen sein will, daß sie sich vorzugsweise mit der Frage beschäftigen muß, ob die im Entwurf enthaltenen Bestimmungen den heutigen Lebensverhältnissen entsprechen und sich praktisch bewähren, ob durch sie das Ziel des Gesetzgebers, die Wohlfahrt des Pflegebefohlenen in persönlicher und vermögensrechtlicher Beziehung, möglichst sicher, zugleich aber auch auf möglichst einfache Weise erreicht werde.

2. Wenn man dem Vormund innerhalb der vormundschaftlichen Verwaltung eine selbständige Stellung einräumt, so ist erfahrungsmäßig eine gründliche Controle unentbehrlich, so muß vor Allem ein Organ vorhanden sein, welches die Oberaufsicht auszuüben hat; das ist allgemein anerkannt und es fragt sich nur, wem man diese wichtige Funktion anvertrauen soll.

Gegenüber dem Bestreben der neueren Gesetzgebung, die richterliche Thätigkeit auf die eigentliche Rechtsprechung zu beschränken und die Verwaltung der sog. freiwilligen Gerichtsbarkeit von dem Richteramt loszulösen, beabsichtigt der Entwurf, die Leitung und Beaufsichtigung der Vormundschaften den Gerichten zu belassen, womit wir uns vollkommen einverstanden erklären.

Nur die Familie, die Gemeinde und der Staat können hier in Betracht kommen. Der Familie des Pflegebefohlenen, welcher der Vormund in der Regel selbst angehören wird, kann unseres Erachtens eine selbständige Beaufsichtigung des letzteren unmöglich überlassen werden. Wer auch nur kurze Zeit in Vormundschaftssachen thätig gewesen ist, wird erfahren haben, wie es oft so schwer hält, unter den Verwandten des Pflegebefohlenen eine zur Uebernahme der Vormundschaft qualifizirte Person aufzufinden, so daß die Anordnung eines aus mehreren Verwandten bestehenden Aufsichtsorgans in vielen Fällen schon an dem absoluten Mangel geeigneter Persönlichkeiten scheitern müßte. Dazu kommt, daß einem solchen Organ dem Vormund gegenüber in der Regel

die nöthige Auctorität fehlen und Familienrücksichten, sowie persönliche Rücksichten sonstiger Art einer wirksamen Aufsicht hemmend entgegenstehen würden. Auch nach französischem Recht ist es nicht die Familie allein, aus welcher der Famlienrath gebildet wird, sondern der Friedensrichter, als Organ des Staates, steht an seiner Spitze, führt bei den Berathungen den Vorsitz und ist stimmberechtigt, wie denn daneben auch dem Gericht immer noch eine, wenn auch beschränkte, Oberaufsicht zusteht. Ueberdies ist der Familienrath des französischen Rechts (vergl. S. 47 der Motive) eine so schwerfällige, für die Verwandten des Pflegebefohlenen so lästige Einrichtung, daß wir nicht begreifen, wie sich derselbe in der Praxis bewähren kann; in ärmeren Gegenden auch kaum ausführbar, da man den unbemittelten Verwandten ohne große Unbilligkeit nicht zumuthen kann, lange Jahre hindurch ohne Entschädigung im Interesse des Pflegebefohlenen ihre Zeit zu versäumen. Wir können mit Bestimmtheit behaupten, daß ein solches Institut in Hessen nicht den geringsten Anklang finden würde.

Aber auch der Gemeinde läßt sich eine selbständige Oberaufsicht über das Vormundschaftswesen nicht übertragen. Zwar ist die Gemeinde in erster Linie dabei interessirt, daß die ihr angehörigen Pflegebefohlenen eine gute Erziehung erhalten, behufs Erwerbung ihres Lebensunterhalts den den Verhältnissen entsprechenden Unterricht genießen und so zu tüchtigen Gemeindegliedern ausgebildet werden, sodann aber auch, daß hinsichtlich des vorhandenen Vermögens eine sparsame, geregelte Verwaltung stattfinde, auf daß der Wohlstand in der Gemeinde zunehme und dieselbe nicht in die Lage komme, die Unterhaltung des Pflegebefohlenen aus ihren Mitteln bestreiten zu müssen. Ließe sich nun auch in großen und mittleren Städten die Aufsicht über die Vormundschaften den Magistraten recht wohl überweisen, so sind dagegen die Ortsbehörden der kleineren Städte, sowie der Landgemeinden offenbar nicht im Stande, ein so wichtiges Amt zu übernehmen, da es denselben in der Regel an den geeigneten Persönlichkeiten fehlt und sich auch hier Rücksichten verschiedenster Art bei der Beaufsichtigung der Vormünder geltend machen würden, ganz abgesehen davon, daß eine gleichmäßige Organisation der ländlichen Gemeinden in den verschiedene Provinzen nicht besteht.

Wenn hiernach der Staat die Aufsicht über das Vormundschaftswesen selbst in die Hand nehmen muß, so ist den Motiven zum Entwurf (S. 49 fg.) darin beizustimmen, daß sie die Gerichte, die das Amt der Obervormundschaft in fast allen Provinzen von jeher ausgeübt haben, als das hierzu geeignetste Organ ansehen.

3. Mit Recht überträgt der Entwurf die Leitung des Vormund-

schaftswesens einem Einzelrichter — eine Einrichtung, die im ehemaligen Kurfürstenthum schon seit längerer Zeit besteht und sich durchaus bewährt hat. Die Beaufsichtigung der Vormundschaften ist eine Verwaltungsthätigkeit von so einfacher Art, daß es zwecklos ist, zu diesem Behuf ein Colleg in Bewegung zu setzen. Auch ist die von einem einzelnen Beamten ausgeübte Oberaufsicht in der Regel gründlicher und wirksamer, als die eines Collegs, dessen sämmtliche Mitglieder unmöglich in jeder einzelnen Vormundschaftssache instruirt sein können. Endlich lehrt die Erfahrung, daß im Vormundschaftswesen genaue Kenntniß der Persönlichkeiten, der Familien- und sonstigen Verhältnisse von großem Nutzen ist und das Amt der Obervormundschaft ungemein erleichtert — eine solche Kenntniß erwirbt sich aber nur der Einzelrichter, der in einem kleineren Gerichtsbezirk längere Zeit thätig ist und mit dem Publikum fortwährend in unmittelbare Berührung kommt.

4. Hinsichtlich einer zweckmäßigen Gestaltung der Obervormundschaft behandeln die Motive (S. 51 fgg.) die weitere Frage, ob dieselbe dem Staat allein vorbehalten bleiben soll, oder ob vielmehr eine Mitwirkung der Gemeinde und Familie räthlich sei.

Der Entwurf hat davon Abstand genommen, der Gemeinde, welcher der Pflegebefohlene angehört, eine gesetzlich fixirte Mitwirkung bei der Beaufsichtigung des Vormundes einzuräumen, er hat es vermieden, „ein Zwischenglied zwischen Staat und Vormund in Gestalt eines Gemeinde-Organs einzuschieben“ und wir stehen nicht an, die hierfür angeführten Gründe als durchaus zutreffend zu bezeichnen. Dabei versteht es sich von selbst, wie auch in den Motiven anerkannt wird, daß es dem Vormundschaftsrichter unbenommen ist, sich des Beiraths der Gemeindebehörden zu bedienen, so oft er dies für zweckmäßig hält, eine Befugniß, von welcher er bei der Wahl des Vormunds und Gegenvormunds regelmäßig Gebrauch machen wird, da die Gemeindebehörden am besten im Stande sind, geeignete Persönlichkeiten in Vorschlag zu bringen. Auch hinsichtlich der Mitwirkung der Familie des Pflegebefohlenen sind wir der Ansicht, daß die Bestimmungen des Entwurfs, abgesehen von dem Institut des Familienraths, worüber wir uns unten im Näheren auslassen werden, Billigung verdienen; so die Vorschrift, daß die Ernennung durch die Eltern und in bestimmten Fällen die Blutsverwandtschaft bei der Auswahl des Vormunds nicht blos einen Grund zur Berücksichtigung abgeben, sondern ein Recht auf Uebertragung der Vormundschaft begründen soll, welches der Richter, insofern nicht ein gesetzlicher Unfähigkeitsgrund vorliegt, zu respektiren hat, so die Zuziehung der Verwandten des Pflegebefohlenen zur gutachtlichen Aeußerung bei wichti-

geren Angelegenheiten — Bestimmungen, welche im Wesentlichen mit dem hessischen Vormundschaftsrecht übereinstimmen.

5. Was die gerichtliche Aufsicht über den Vormund anlangt, deren Bedeutung wir keineswegs unterschätzen, so ist dieselbe unseres Erachtens im Entwurf viel zu weit ausgedehnt, wobei die beschränkte, unselbständige Stellung, welche dem Vormund im Allg. Landrecht angewiesen ist, von maßgebendem Einfluß gewesen sein dürfte.

Nach hessischem Vormundschaftsrecht ist der obervormundschaftliche Consens nur erforderlich:

1) bei Veräußerung von Grundeigenthum,
2) bei dinglicher Belastung von Grundeigenthum,
3) zur Abschließung eines Einkindschaftsvertrags und
4) bei der Auswanderung eines Pflegebefohlenen,

während zur Adoption eines solchen zwar nicht Genehmigung des Obervormunds, wohl aber gerichtliche Bestätigung, für welche in Gemäßheit der Verordnung vom 26. Juni 1867 das Collegialgericht erster Instanz zuständig ist, erfordert wird.

Daß bei dieser beschränkten Konsensertheilung der Obervormundschaft, bei welcher der Vormund auch in einer Reihe sehr wichtiger Angelegenheiten durchaus selbständig handelt, irgend welche erheblichen Mißstände hervorgetreten seien und eine Gefährdung der Interessen des Pflegebefohlenen sich bemerkbar gemacht habe, läßt sich durchaus nicht behaupten, im Gegentheil, die Praxis bei den hessischen Gerichten liefert den Beweis, daß eine solche selbständige Stellung der Vormünder ohne Gefahr für den Curanden recht wohl bestehen kann.

Nach dem Entwurf ist die Genehmigung des Vormundschaftsrichters in weit ausgedehnterem Maße, so zu sagen bei allen wichtigeren Geschäften erforderlich, die beim Mangel derselben für den Pflegebefohlenen unverbindlich sein sollen, so daß uns nicht recht klar ist, worin denn nun eigentlich die nach den Motiven angestrebte Selbständigkeit des Vormunds bestehen soll. Wir sind der Ansicht, daß bei der Feststellung der Fälle, in welchen Genehmigung des Vormundschaftsrichters erfolgen muß, die Grenze der dem letzteren zugewiesenen Oberaufsicht weit überschritten ist.

Der Vormund soll Vaterstelle bei dem Pflegebefohlenen vertreten, er soll als bonus paterfamilias so für ihn handeln, wie der eigene Vater für ihn gehandelt haben würde, wie er in seinen eigenen Angelegenheiten, seinen eigenen Kindern gegenüber handelt. Hat man dafür Sorge getragen, daß ein tüchtiger, gewissenhafter Vormund bestellt werde, hat man denselben auf eine getreue Erfüllung seiner Pflichten

eidlich oder durch Handschlag an Eidesstatt verpflichtet, unterwirft man den Vormund überdies bei einigermaßen erheblicher Vermögensverwaltung einer fortwährenden speziellen Kontrole durch den Gegenvormund, so kann und muß man ihm auch die väterlichen Rechte möglichst ungeschmälert einräumen und eine nicht blos scheinbare, sondern wirkliche und wahre Selbständigkeit gewähren; dann wird der Vormund im Bewußtsein seiner Verantwortlichkeit der vormundschaftlichen Verwaltung mit Eifer, Lust und Liebe sich annehmen und weit besser für den Pflegebefohlenen sorgen, als wenn er — vom Vormundschaftsrichter in allen wichtigen Angelegenheiten abhängig — bei seiner Verwaltung fortwährend auf Hindernisse und Weitläufigkeiten stößt. Wird dem Vormund die erforderliche obervormundschaftliche Genehmigung bei Rechtsgeschäften, die er nach gewissenhafter Ueberzeugung im Interesse des Pflegebefohlenen für geboten erachtet, mehrmals versagt — und die Praxis lehrt, mit welcher Aengstlichkeit und Kleinlichkeit die Vormundschaftsrichter bei der Consensertheilung hie und da zu Werke gehen — so wird ihm sein Amt sehr bald verleidet werden und er wird in eine Unthätigkeit und Unselbstständigkeit verfallen, die das Gesetz den Motiven zufolge grade beseitigt sehen will.

Je beschränkter die Stellung des Vormunds ist, je mehr Wege er zum Vormundschaftsgericht zu machen hat, desto größer ist die Abneigung gegen das vormundschaftliche Amt — je abgeneigter und widerwilliger der Vormund der Verwaltung sich unterzieht, desto größer ist die Last des Vormundschaftsgerichts, die dann in der Regel eine oberflächliche Prüfung und Behandlung der obervormundschaftlichen Angelegenheiten zur Folge hat — das sind Sätze, die sich in der Praxis gewiß überall bewahrheitet haben.

Nach dem Entwurf soll die Genehmigung des Vormundschaftsrichters in folgenden Fällen erforderlich sein:

1) bei Festsetzung der Erziehungskosten (§. 83),
2) bei der Wahl eines Berufs (§. 87),
3) bei Adoption und Einkindschaft (§. 87),
4) bei der Verheirathung (§. 87),
5) bei der Auswanderung in ein Gebiet außerhalb des norddeutschen Bundes (§. 87),
6) bei Erbtheilungen (§. 96),
7) bei der Veräußerung von Grundeigenthum (§. 110),
8) bei dinglicher Belastung von Grundeigenthum (§. 114),
9) bei der Annahme von Erbschaften ohne Vorbehalt und Entsagung von Erbschaften oder Vermächtnissen (§. 123),

10) bei der Verpachtung und Vermiethung von Grundstücken, wenn das Grundstück als ein Ganzes verpachtet oder vermiethet werden und die Verträge wenigstens ein Jahr nach erreichter Großjährigkeit des Pflegebefohlenen fortgelten sollen (§. 124),
11) bei der Fortsetzung o. Veränderung eines Erwerbsgeschäfts (§. 124),
12) bei der Anstellung von Prozessen und dem Erlaß eines Eides, wenn der Gegenstand des Prozesses unschätzbar ist oder den Betrag von 100 Thlr. an Hauptgeld übersteigt (§. 126), und
13) bei der Abschließung von Vergleichen, wenn der Gegenstand unschätzbar oder die streitige Unterschiedssumme den Betrag von 100 Thlrn. übersteigt (§. 127).

In den Fällen unter 1—5, 7, 8 u. 11 soll der Vormundschaftsrichter vor der Ertheilung seiner Genehmigung die Gutachten der Verwandten hören.

Wenn dem Entwurf entsprechend bei allen diesen Geschäften das Erforderniß obervormundschaftlicher Genehmigung eingeführt werden sollte, so würde unseres Erachtens die so veränderte Stellung des Vormunds für das vormalige Kurfürstenthum Hessen, wo sich eine viel freiere und selbständigere vormundschaftliche Verwaltung bewährt und eingebürgert hat, geradezu als ein Rückschritt anzusehen sein.

Wir sind der Ansicht, daß eine obervormundschaftliche Genehmigung nur in den Fällen unter 3, 4 mit Rücksicht darauf, daß die Verheirathung nach §. 129 die Beendigung der Vormundschaft zur Folge haben soll, 5, 6, wenn es sich bei der Erbvertheilung zugleich um Grundeigenthum handelt, 7 und 8 als Bedürfniß sich darstellt, daß man dagegen in allen übrigen Geschäften und Verwaltungsfragen die Entscheidung dem pflichtmäßigen Ermessen des Vormunds und Gegenvormunds ohne alle Gefahr für den Pflegebefohlenen recht wohl überlassen kann, wie eine langjährige Erfahrung bei den hessischen Gerichten bewiesen hat. Dabei versteht es sich von selbst, daß der Vormund, wenn er in einzelnen Fällen Bedenken hegt, den Rath der Verwandten des Pflegebefohlenen und des Vormundschaftsrichters jederzeit einholen kann. Ueberdies vermögen wir einer so ausgedehnten obervormundschaftlichen Konsensertheilung nicht einmal die Bedeutung beizulegen, die der Entwurf ihr beizulegen scheint. Für den Vormund hat sie gar keine Bedeutung, da der §. 70 bestimmt, daß Vormund und Gegenvormund ungeachtet der Genehmigung des Vormundschaftsrichters von ihrer Haftpflicht aus dem Geschäft dem Pflegebefohlenen gegenüber nicht befreit werden. Und gewährt sie etwa dem letzteren neben der Haftverbindlichkeit des Vormunds eine besondere Garantie? Wenn der Vormundschaftsrichter in so vielen

Fällen um seine Genehmigung angegangen wird, so läßt sich mit gutem Grund behaupten, daß die Ertheilung derselben in der Regel zu einer leeren Form werden wird; denn es ist unmöglich, daß der Vormundschaftsrichter in allen jenen Angelegenheiten seiner Konsensertheilung eine gründliche, sorgfältige Prüfung der in Betracht kommenden Verhältnisse vorausgehen lasse und sich ein selbständiges Urtheil bilde, er wird sich regelmaßig auf die Angaben des Vormundes und Gegenvormunds und der etwa zugezogenen Verwandten verlassen. Am allerwenigsten geeignet erscheint es uns aber, auch in den §§. 126 und 127 erwähnten Prozeßangelegenheiten, in denen sich der Vormund, wenn sie nicht ganz einfacher Art sind, ohnedies eines Rechtsanwalts wird bedienen müssen, die Genehmigung des Vormundschaftsrichters zu verlangen, da man dem letzteren unmöglich zumuthen kann, daß er sich in allen erheblichen Rechtsstreiten seiner zahlreichen Pflegebefohlenen eine selbstständige, nur einigermaßen zuverlässige Ansicht bilde, und der Vormundschaftsrichter dem Vormund gegenüber kompromittirt wird und an Ansehen und Vertrauen verliert, wenn der Prozeß ungeachtet seiner Genehmigung einen ungünstigen Ausgang nimmt. Eine solche Einrichtung erscheint uns durchaus nicht empfehlenswerth und wenn die Motive für dieselbe auf das Allg. Landrecht, den Code und das sächsische Recht Bezug nehmen, so ist dabei unseres Erachtens übersehen, daß man früher von einem überall hervortretenden Bevormundungsprinzip ausging, daß in unserer Zeit in allen Ständen mehr Geschäftsgewandtheit und Rechtskenntniß zu Hause ist, daß es nirgends an Gelegenheit fehlt, sich Rechtsbelehrung zu verschaffen, daß das Prozeßverfahren durch die Mündlichkeit eine totale Aenderung erfahren hat und ein Prozeß zu seiner Durchführung nicht mehr, wie zur Zeit jener Gesetzgebungen, lange Jahre in Anspruch nimmt.

Daß es dem altländischen Juristen schwer fällt, sich von der Anschauungsweise des Allg. Landrechts auf diesem Gebiet loszumachen, dürfte die Ansicht Phillers (a. a. O. S. 344) beweisen, der sogar so weit geht, daß er auch zur Klageanstellung und zum Vergleich in Bagatellsachen die Genehmigung des Vormundschaftsrichters für erforderlich hält. Hatte denn der Vater des Pflegebefohlenen oder hat der Vormund in seinen eigenen Angelegenheiten einen Richter zur Hand, der ihm bei der Anstellung von Prozessen Rath ertheilt? Und soll etwa bei den Amtsgerichten, welche nur mit einem Richter besetzt sind, demselben Richter, der dem Vormund die Genehmigung zur Anstellung des Bagatellprozesses ertheilt hat und der somit zum Rathgeber der einen Partei geworden ist, auch die Entscheidung der Prozeßsache zustehen? Anderer

Ansicht ist Märcker (a. a. O. S. 309), der sich übereinstimmend mit uns dahin ausspricht, daß die obervormundschaftliche Genehmigung in den oben unter 1, 2, 10, 11, 12 und 13 aufgeführten Fällen ohne Gefahr für den Kuranden wegfallen könne.

II. Bemerkungen zu den einzelnen Paragraphen des Entwurfs.

1. Wie nach hessischem Vormundschaftsrecht die Mutter ein Recht auf Uebertragung der Vormundschaft hat, zur Uebernahme derselben aber nicht verpflichtet ist, so auch nach dem Entwurf (vergl. §. 16, §. 30 Nr. 1). Während aber nach hessischem Recht die Mutter, sobald sie zur zweiten Ehe schreitet oder sich außerehelich schwängern läßt, zur ferneren Verwaltung der Vormundschaft unfähig wird, bestimmt §. 16 des Entwurfs:

„Verheirathet sich die Mutter wieder, so hat das Gericht zu er„messen, ob ihr die Vormundschaft zu belassen sei."

Diese Bestimmung müssen wir übereinstimmend mit Philler a. a. O. S. 326 entschieden mißbilligen.

Die Mutter, welche zu einer weiteren Ehe schreitet, hört auf, das Haupt ihrer Familie zu sein, ihr Interesse gehört nicht mehr ausschließlich den Kindern aus erster Ehe, es wendet sich zugleich der neuen Ehe zu, deren Schicksal für ihre Zukunft bestimmend ist. Dazu kommt, daß sie als Ehefrau naturgemäß in ein Verhältniß der Abhängigkeit zu dem zweiten Ehemanne tritt, dessen Einfluß regelmäßig sowohl bei der Erziehung der Pflegebefohlenen, als bei der Vermögensverwaltung maßgebend sein wird, — denn wie viel Frauen giebt es, die sich diesem Einfluß für die Dauer entziehen könnten? Der Entwurf selbst ist aber mit Recht der Ansicht, daß der Stiefvater zur Verwaltung der Vormundschaft über sein Stiefkind nicht geeignet sei, indem er denselben im §. 24 für unfähig erklärt, und es ist daher unseres Erachtens nur eine Konsequenz dieser Bestimmung, daß man auch die Mutter, so lange der Einfluß des Stiefvaters auf sie einwirkt, von der Vormundschaft ausschließt, hauptsächlich mit Rücksicht auf die Vermögensverwaltung, da der Pflegebefohlenen Vermögen in den Händen des Stiefvaters nach unserem Dafürhalten am meisten gefährdet ist.

Die Bestimmung, daß das Gericht der sich wieder verheirathenden Mutter die Vormundschaft nach Ermessen entziehen oder belassen kann, halten wir schon um deßwillen für ungeeignet, weil sie dem Vormundschaftsrichter hinsichtlich dieser wichtigen Frage eine übermäßige Verantwortlichkeit aufladet und ihn den Vormünderinnen gegenüber in eine mißliche, unangenehme Lage bringt. Es fehlt aber auch bei einer solchen

Einrichtung an einer ausreichenden Fürsorge für das Vermögen des Pflegebefohlenen. Wie soll der Vormundschaftsrichter ohne genauere Kenntniß der Persönlichkeiten und der in Betracht kommenden Verhältnisse richtig beurtheilen, ob es räthlich sei, der sich wieder verheirathenden Mutter die Vormundschaft zu belassen? Und wenn er sie ihr belassen hat, wie soll er den rechten Zeitpunkt bestimmen, wann er sie ihr entziehen muß, falls der Entwurf dem Vormundschaftsrichter überhaupt die Befugniß zugestehen will, die der wieder verheiratheten Mutter einmal belassene Vormundschaft nach Ermessen wieder zu entziehen? Der Vermögensverfall vollzieht sich oft längere Zeit hindurch so allmählig, daß er selbst dem aufmerksamen Beobachter nicht wahrnehmbar ist. Hat der Stiefvater das Vermögen der Stiefkinder in seinen Nutzen verwendet und ist letzteres gefährdet, so wird die Mutter selbst schwerlich zur rechten Zeit dem Richter Mittheilung davon machen und bis der Gegenvormund Kenntniß davon erlangt und Sicherheitsmaßregeln beantragt, wird es in vielen Fällen schon zu spät sein, ganz abgesehen davon, daß sich die alsdann zu ergreifenden, oft harten Maßregeln gegen die Familie richten, welcher die Pflegebefohlenen selbst angehören.

Wir haben hier lediglich das Vermögen der Kuranden im Auge; denn was die Sorge für die Person derselben anlangt, so finden wir es durchaus gerechtfertigt, daß der §. 81 des Entwurfs der Mutter, auch wenn sie nicht Vormünderin ist, die Erziehung unter der Aufsicht des Vormunds überläßt, da es unnatürlich ist, die Mutter von der Erziehung ihrer eigenen Kinder völlig auszuschließen.

Wir schlagen hiernach vor:

den Absatz 2 im §. 16 zu streichen und im §. 24 unter den Gründen der Unfähigkeit zur Führung der Vormundschaft den Satz aufzunehmen:

„die Mutter, wenn sie sich wieder verheirathet, während der „Dauer der Ehe."

Denn wenn die letztere beendet ist, und der Einfluß des Stiefvaters nicht mehr zur Geltung kommen kann, so ist kein Grund ersichtlich, weshalb nunmehr die Mutter, selbst wenn aus der zweiten Ehe Kinder vorhanden sind, ihre Kinder erster Ehe nicht sollte bevormunden können, sie ist im Gegentheil alsdann wieder die geeignetste Persönlichkeit und ihre mütterliche Liebe, das gleichmäßige Interesse an dem Wohlergehen aller ihrer Kinder wird sich auch in einer unpartheiischen Vermögensverwaltung bethätigen.

Wir sind daher der Ansicht, daß das Recht der Mutter auf Führung der Vormundschaft nach Beendigung der zweiten Ehe wieder zur An-

erkennung gelangen muß und schlagen vor, daß im §. 16 als Absatz 2 die Bestimmung aufgenommen werde:

„Die verheirathete Mutter kann nach Auflösung der Ehe verlangen, daß ihr die Vormundschaft über die Kinder aus früheren Ehen wieder übertragen werde."

Die Vorschrift des hessischen Rechts, nach welcher die Mutter zur Fortführung der Vormundschaft über ihre ehelichen Kinder auch dann unfähig wird, wenn sie sich außerehelich schwängern läßt, billigen wir nicht, da uns kein rechter Grund hierfür vorhanden zu sein scheint, insbesondere wird durch einen solchen Fehltritt ein unsittlicher Lebenswandel nicht ohne Weiteres dokumentirt.

2. Die Bestimmung des §. 18, welcher — im Widerspruch mit dem gemeinen Recht — auch der Mutter, wenn sie die Vormundschaft bis zu ihrem Tode geführt hat, die Befugniß einräumt, ihren Kindern einen Vormund zu berufen, halten wir für durchaus gerechtfertigt und können wir die Bedenken nicht theilen, die Philler a. a. O. S. 327 dagegen geltend macht. Analog dem §. 15 und zur Vermeidung der irrigen Auslegung, als ob der Vormundschaftsrichter im Fall des §. 18 die Bestätigung des Vormunds nach Ermessen versagen könne, dürfte der Zusatz zu empfehlen sein:

„welchen der Richter, wenn nicht ein gesetzlicher Unfähigkeitsgrund vorliegt, zu bestellen hat."

3. Zum §. 30 die Ablehnung der Vormundschaft betr. wollen wir zwei weitere, dem gemeinen Recht entnommene und in Hessen anerkannte Gründe in Vorschlag bringen, denen namentlich für ärmere Gegenden die Billigkeit das Wort redet:

„6. die Väter von mehr als vier Kindern,

„7. Personen, welche so arm sind, daß sie nur von ihrem täglichen Verdienst leben."

4. Zum §. 36 geben wir zu erwägen, ob nicht mit Rücksicht auf die selbständige, mit großer Verantwortlichkeit verbundene Stellung, welche dem Vormund eingeräumt werden soll, die in Hessen übliche feierliche eidliche Verpflichtung der Bestellung durch Handschlag vorzuziehen sei. So lange der provisorische Eid nicht gänzlich beseitigt ist, dürfte er grade hier am Platze sein.

Der Vormundschaftsbrief dient allerdings vorzugsweise zur Legitimation des Vormunds, es ist aber zweckmäßig, daß er zugleich eine Belehrung über die vormundschaftlichen Pflichten in allen wesentlichen Beziehungen enthält, da man eine genaue Kenntniß der Vormundschaftsordnung bei einer großen Zahl von Vormündern nicht unterstellen darf.

5. Das Institut des Gegenvormunds ist auch dem hessischen Vormundschaftsrecht nicht unbekannt. In der Regel wird zwar nur ein Vormund bestellt, es ist aber dem Vormundschaftsgericht gestattet, dem verwaltenden Vormund einen Mitvormund dergestalt beizuordnen, daß der letztere nur die Aufsicht über die vormundschaftliche Verwaltung zu führen hat.

Nach dem Entwurf (§ 42) soll bei einer Vermögensverwaltung, deren Jahresertrag durch den Unterhalt des Pflegebefohlenen nicht erschöpft wird, stets ein Gegenvormund dem verwaltenden Vormund zur Seite gestellt werden, eine Anordnung, die wir als heilsam und zweckmäßig lebhaft begrüßen. Es läßt sich nicht leugnen, daß es dem hessischen Vormundschaftsrecht an einer feststehenden Einrichtung mangelt, welche eine fortwährende Controle über die vormundschaftliche Verwaltung herstellt, da von der Bestellung eines Mitvormunds in der Praxis nur in seltenen Fällen Gebrauch gemacht wird, auch die Rechte und Pflichten eines solchen nicht genügend fixirt sind. Mit Recht sind die Motive der Ansicht, „in dem beaufsichtigenden Gegenvormund das Mittel gefunden zu haben, welches ohne die Einfachheit der Verwaltung und die Selbständigkeit des Vormunds zu gefährden, die Sicherheit des Pflegebefohlenen beträchtlich erhöht."

Auch darin müssen wir dem Entwurf beitreten, daß er hinsichtlich der Bestellung eines Gegenvormunds das Bedürfniß entscheiden läßt und ein solches nicht anerkennt, wenn kein Vermögen vorhanden ist oder der Ertrag der Vermögensverwaltung durch den Unterhalt des Pflegebefohlenen verbraucht wird.

6. Mit der Bestimmung des §. 46 können wir uns nicht einverstanden erklären. Man kann dem Ermessen des Vormundschaftsrichters recht wohl überlassen, wann er es für geeignet hält, den Pflegebefohlenen vor der Entscheidung wichtiger vormundschaftlicher Angelegenheiten gutachtlich zu hören. Eine Nöthigung, wie sie der Entwurf anordnet, scheint uns nicht zweckmäßig; ohne daß etwas Erhebliches damit erzielt wird, vermehrt sie die Arbeitslast und führt, wenn der Pflegebefohlene abwesend ist, zu Verzögerungen und Weitläufigkeiten. Wir schlagen für den §. 46 folgende Fassung vor:

> „Dem Ermessen des Vormundschaftsrichters bleibt es überlassen, in denjenigen Fällen, in welchen er nach §. 45 das Gutachten der Verwandten einholen muß, auch den Pflegebefohlenen, wenn derselbe das 13. Lebensjahr vollendet hat, gutachtlich zu hören."

7. Zum §. 57 bemerkt Philler mit Recht, daß die Beläge zu den jährlichen Rechnungen dem Vormund nicht zurückzugeben, sondern, wie

dies auch in Hessen üblich ist, bei den Akten zu behalten seien. Sie sind bei einer späteren Prüfung der Rechnungen (vergl. §. 58) unentbehrlich und es läßt sich nicht erwarten, daß sie der Vormund nach Ablauf von Jahren noch vollständig beizubringen vermag.

8. Während nach hessischem Recht die Mutter als Vormünderin von der Rechnungsablage überhaupt befreit ist, bestimmt der Entwurf, daß eine solche Befreiung der Mutter nur dann stattfinden soll, wenn sie die Gütergemeinschaft mit ihren minderjährigen Kindern fortsetzt.

Eine solche Gemeinschaft besteht aber überall da nicht, wo im Gebiet des gemeinen Rechts das römische Dotalrecht Anwendung leidet und es würde hiernach die Bestimmung des Entwurfs das gewiß nicht beabsichtigte Resultat herbeiführen, daß die Wittwen der Bürger und Bauern, die in der Regel die güterrechtliche Errungenschaftsgemeinschaft mit ihren minderjährigen Kindern fortsetzen, von der Rechnungslegung befreit blieben, wogegen die Wittwen der Staats- und Gemeinde-Beamten, der Geistlichen, Aerzte, Anwälte, der Mitglieder des Lehr- und Wehrstandes zu jährlicher Rechnungsstellung verpflichtet wären, obwohl sich mit gutem Grunde behaupten läßt, daß in der Regel grade die letzteren durch Charakter und Bildung mehr Garantie für eine sorgsame, gewissenhafte Vermögensverwaltung gewähren.

Wir sind der Ansicht, daß hier die Bestimmung des hessischen Rechts den Vorzug verdient, und finden es unnöthig und ungeeignet, die leibliche Mutter der Pflegebefohlenen über ihre Verwaltung als Vormünderin zur Rechenschaft zu ziehen. Wenn man der Mutter gleich dem Vater das Recht einräumt, einen Vormund zu berufen und denselben von der Rechnungslegung zu befreien, so kann man ihr auch die Verwaltung ohne gerichtliche Einmischung überlassen, eine Einrichtung, bei welcher nach der Erfahrung der hessischen Gerichte keine Nachtheile für die Pflegebefohlenen hervorgetreten sind; es ist erfahrungsmäßig, daß die Mütter in der Regel das vorhandene Vermögen mit größerer Sparsamkeit verwalten und besser zusammenhalten, wie die Väter, daß sie häufig wieder beibringen, was die letzteren schuldvoller Weise verloren hatten.

Wir empfehlen daher statt des §. 60 folgenden Paragraphen:

„Die Mutter des Pflegebefohlenen ist als Vormünderin von Rechnungslegung befreit."

9. Mit den §. 61 bis 67 des Entwurfs erklären wir uns im Wesentlichen einverstanden. Das Amt eines Vormunds ist ein Vertrauensamt. Wenn man dem Vormund, der mit der Vormundschaft eine Last, und oft eine recht große, auf sich nimmt, mit Mißtrauen

entgegenkommt, die Stellung einer Kaution von ihm verlangt, die ihn in seinen Erwerbs- und Vermögensverhältnissen beschränkt, so wird es noch schwerer werden, als es ohnehin schon ist, geeignete Persönlichkeiten zur freiwilligen Uebernahme der Vormundschaft zu bewegen. Wir billigen hier den in den Motiven S. 87 ausgesprochenen Standpunkt des Entwurfs vollständig und halten die Einwendungen, die Philler a. a. O. S. 335 ff. auch hier geltend macht, für unbegründet.

Gemeinrechtlich steht dem Pflegebefohlenen ein gesetzliches Pfandrecht an dem Vermögen seines Vormunds zu, welches in Hessen nach gesetzlicher Vorschrift von Amtswegen in das General-Hypotheken-Buch eingetragen wird und zwar alsbald nach erfolgter Bestellung des Vormunds. Dieses Sicherungsrecht des Pflegebefohlenen, welches im §. 61 des Entwurfs beibehalten wird, hat sich als ausreichend erwiesen, da bei erheblicher Vermögensverwaltung in der Regel nur solche Personen als Vormünder bestellt werden, die mit Grundeigenthum angesessen sind und das eingetragene gesetzliche Pfandrecht der Pflegebefohlenen allen späteren Hypotheken vorgeht. Es ist daher im Gebiet des ehemaligen Kurfürstenthums nicht erforderlich, daß der Vormund neben dem von Amtswegen einzutragenden Generalpfandrecht auch noch eine Hypothek auf eine bestimmte Summe bewillige, weßhalb wir zum §. 63 den Zusatz vorschlagen:

„sofern nicht bereits nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts ein gesetzliches Pfandrecht an dem Grundeigenthum des Vormunds zum Eintrag gelangt."

10. Nach §. 74 des Entwurfs kann der Vormundschaftsrichter dem Vormund nur dann ein Gehalt zubilligen, wenn die Vermögensverwaltung sehr umfangreich und ein Gutachten der Verwandten eingeholt worden ist, und nach §. 75 soll das festzusetzende Gehalt zwei Prozent der Jahreseinkünfte nach Abzug der Erziehungs-, Unterhalts- und Verwaltungskosten nicht übersteigen. Wir sind der Ansicht, daß diese Bestimmungen zu ungünstig für den Vormund sind. Zunächst ist uns nicht recht einleuchtend, weßhalb auch hier Gutachten der Verwandten eingeholt werden sollen, da man von diesen, welche lediglich das Interesse des Pflegebefohlenen im Auge haben werden, eine unparteiische Beurtheilung der Gehaltsfrage nicht erwarten darf. Sodann sind die Fälle, in welchen man eine „sehr umfangreiche Vermögensverwaltung" annehmen kann, die selteneren und da bei der Festsetzung des Gehalts an den Jahreseinkünften die Erziehungs- und Unterhaltungskosten in Abzug kommen sollen, so wird der Vormund in der Regel nichts erhalten, was uns zumal in ärmeren Gegenden unbillig erscheint.

Nach den in Hessen geltenden Vorschriften hat der Vormund einen Anspruch auf ein Honorar, welches vom Richter bei Ablegung der Rechnung für jedes Geschäftsjahr nach der Höhe der jährlichen Revenüen bestimmt wird und vier Prozent derselben nicht übersteigen darf. Will man diese Bestimmung nicht adoptiren, so dürfte doch der Vorschlag berechtigt sein:

den §. 74 zu streichen und im §. 75 das festzusetzende Gehalt auf 3 Prozent zu erhöhen.

11. Wie bereits oben bemerkt, halten wir obervormundschaftliche Genehmigung zur Festsetzung der Kosten für die Erziehung und den Unterhalt des Pflegebefohlenen nicht für erforderlich. Bei der jährlichen Rechnungslegung erhält der Vormundschaftsrichter genaue Kenntniß davon, wieviel im verflossenen Jahre für Unterhaltung und Erziehung aufgewendet worden ist und kann dem Vormund hinsichtlich etwaiger ungerechtfertigter Ausgaben dieser Art die Entlastung versagen.

Daß das Stammvermögen angegriffen werden muß, wenn die Einkünfte zum Unterhalt des Pflegebefohlenen nicht ausreichen, versteht sich von selbst.

In diesem Falle kommt es häufig vor, daß die Vormünder die Nutzungen des Stammvermögens z. B. eines Hauses, einzelner Grundstücke, eines geringeren Kapitals, den Angehörigen des Pflegebefohlenen oder sonstigen Personen gegen vollständige Unterhaltung des Kuranden überlassen und es empfiehlt sich, bezüglich derartiger Arrangements, welche sich als ein Auskunftsmittel zur Erhaltung des Stammvermögens in der Praxis bewährt haben, eine Bestimmung aufzunehmen.

Hier ist unseres Erachtens obervormundschaftliche Genehmigung am Platz, da es bei solchen Verträgen in besonderem Grade darauf ankommt, daß die Rechte des Pflegebefohlenen vollständig gewahrt werden.

Wir schlagen hiernach statt des §. 83 folgenden Paragraphen vor:

„Reichen die Einkünfte des Stammvermögens zum Unterhalt des Pflegebefohlenen nicht aus, so kann der Vormund die Nutzungen desselben den Angehörigen des Pflegebefohlenen oder sonstigen geeigneten Personen gegen vollständige Unterhaltung des Pflegebefohlenen auf eine bestimmte Reihe von Jahren vertragsweise überlassen.

Derartige schriftlich abzufassende Verträge unterliegen der Genehmigung des Vormundschaftsrichters, welcher hierüber ein Gutachten der Verwandten (§. 45) einzuholen hat.

Während der Dauer eines solchen Vertrags ist der Vormund von der jährlichen Rechnungslegung befreit."

12. Unserer obigen Ausführung entsprechend schlagen wir vor, im §. 87 die Nr. 3 zu streichen.

13. Zum §. 91 dürfte sich bei der Wichtigkeit des Vermögens-Inventars, welches die Grundlage der gesammten vormundschaftlichen Verwaltung bildet, der Zusatz rechtfertigen:

„Ueber die Richtigkeit und Vollständigkeit des aufgestellten Verzeichnisses hat der Vormundschaftsrichter die Verwandten des Pflegebefohlenen zu vernehmen."

14. Wenn der Pflegebefohlene bei der Erbtheilung vom Vormund und Gegenvormund vertreten wird, so ist das gewiß ausreichend und wir sehen nicht ein, wozu man mit dem Geschäft der Ausmittelung und Feststellung des Erbtheils auch noch den Richter belästigen will, ausgenommen den Fall, wenn die Erbtheilung auch Grundeigenthum zum Gegenstand hat.

Auch Märcker a. a. O. S. 312 ist hier im Wesentlichen mit uns einverstanden. Statt der §. 96 und 97 empfehlen wir folgenden Paragraphen:

„Die Ausmittelung und Feststellung des Erbtheils hat der Vormund und Gegenvormund mit den Miterben des Pflegebefohlenen vorzunehmen.

Die hierüber aufzusetzende Theilungsurkunde muß vom Vormund und Gegenvormund und sämmtlichen Miterben unterzeichnet sein.

Einer Genehmigung des Vormundschaftsrichters bedarf es nur dann, wenn die Erbtheilung auch Grundeigenthum zum Gegenstand hat."

15. Die Bestimmungen der §§. 104—106 sind unseres Erachtens durchaus zweckmäßig und durch die Motive vollständig gerechtfertigt. Nach hess. Vormundschaftsrecht kann der Minderjährige nur solche Rechtsgeschäfte selbständig abschließen, welche Beziehung auf ein Gewerbe oder eine Kunst haben, zu deren Ausübung derselbe öffentlich autorisirt ist. Und was den §. 106 anlangt, so ist es auch nach der Praxis der hessischen Gerichte dem Vormund gestattet, die Nutzungen des Vermögens dem Pflegebefohlenen unter Aufsicht zur eignen Verwaltung zu überlassen.

16. Die Bemerkung Philler's a. a. O. S. 341, daß die Bestimmung des §. 107 nicht in das Vormundschaftsgesetz gehöre, ist streng genommen richtig. Die Vorschrift des gedachten § stimmt übrigens mit

den in Hessen anerkannten Rechtsgrundsätzen überein, da die Ausdrücke „ausgegeben" und „verleitet" darauf hinweisen, daß der Minderjährige in dem betr. Fall dolos gehandelt haben muß.

17. Wir billigen, daß der Entwurf dem Vormund die Veräußerung entbehrlicher beweglicher Vermögensgegenstände überläßt und nicht vorschreibt, daß dieselbe mittelst öffentlicher Auktion geschehen müsse. Die Kosten der Versteigerung mindern den Erlös, zumal wenn es sich nur um einzelne Gegenstände handelt, auch ist nicht selten eine Veräußerung aus freier Hand vortheilhafter, so daß die Vormünder häufig um Genehmigung derselben nachsuchen. Man kann dem pflichtmäßigen Ermessen des Vormunds recht wohl die Beurtheilung überlassen, wenn diese oder jene Art der Veräußerung größeren Vortheil in Aussicht stellt.

Wenn Philler a. a. O. S. 342 in dem Fall des §. 109, sobald ein Gegenvormund nicht bestellt ist, Genehmigung des Vormundschaftsrichters angeordnet wissen will, so können wir uns mit diesem Vorschlag nicht einverstanden erklären. Ist man der Ansicht, daß man dem Vormund nicht einmal die selbständige Veräußerung einzelner werthvoller Gegenstände ohne Gefahr überlassen könne, so ist es konsequent, daß man von einer selbständigen Stellung desselben gar nicht redet und an dem Prinzip des Allg. Landrechts festhält, nach welchem der Vormund nichts ist, als der Vollstrecker gerichtlicher Anordnungen.

18. Zu den §§. 117 und 122 sind wir der Ansicht, daß es bei der Abtretung von Forderungen und der Rückzahlung ausstehender Stammkapitalien der Mitwirkung des Gegenvormunds nicht bedarf. Derartige Verwaltungsgeschäfte muß der Vormund selbständig erledigen können, auch ist es unseres Erachtens lästig und unzweckmäßig, daß bei solchen Gelegenheiten regelmäßig zwei Personen thätig sein sollen. Zur Kontrole ist aber eine solche Bestimmung nicht erforderlich. Der Gegenvormund, welcher den Vermögensbestand kennen muß, hat jederzeit und insbesondere bei der Aufstellung der Jahresrechnung hinreichend Gelegenheit, sich zu vergewissern, ob ausstehende Forderungen abgetreten oder zurückgezahlt worden sind.

Wir schlagen in Uebereinstimmung mit Philler a. a. O. S. 343 die Streichung der gedachten §§. vor.

19. Zu den §§. 123 bis 127 haben wir bereits oben ausgeführt, daß wir in allen diesen Fällen die angeordnete Genehmigung des Vormundschaftsrichters nicht für erforderlich halten. Ist ein Gegenvormund bestellt, so möge man allenfalls diesem die Genehmigung der betr. Rechtsgeschäfte und Handlungen übertragen. Sind dann Vormund und Gegenvormund einverstanden, so gewährt dieses Einverständniß hin-

reichende Garantie, daß das Interesse des Pflegebefohlenen gewahrt sei, während bei etwaigen Meinungsverschiedenheiten der Vormundschaftsrichter nach §. 43 ohnehin entscheiden muß. Ist aber die Vermögensverwaltung so wenig bedeutend, daß die Bestellung eines Gegenvormunds unterbleiben konnte, so wird es in der Regel mit den in den gedachten Paragraphen erwähnten Geschäften nicht viel zu bedeuten haben und man kann ihre Erledigung dem Vormund ohne Gefahr für den Pflegebefohlenen allein überlassen, wofür wir bereits oben die Erfahrung bei den hessischen Gerichten in Bezug genommen haben.

20. Sowohl im Gebiet des Allg. Landrechts, als des gemeinen Rechts ist die Bestimmung neu, daß die Vormundschaft auch durch die Verheirathung des Pflegebefohlenen beendigt werden soll. Was den minderjährigen Mann anlangt, so widerstrebt es allerdings dem Gefühl und ist ein innerer Widerspruch, wie die Motive S. 114 sagen, daß das Haupt einer Familie selbst beherrscht und bevormundet sei und nicht einmal die Fähigkeit besitzen soll, gültige Rechtsgeschäfte abzuschließen; allein dieser Grund spricht unseres Erachtens nicht sowohl dafür, daß die Vormundschaft über den Mann durch dessen Verheirathung beendigt werde, als vielmehr dafür, daß man den Minderjährigen zur Gründung einer Familie durch Eheschließung nicht zuläßt. Das zur Großjährigkeit erforderliche Alter von 21 Jahren, welches gegenwärtig in Hessen nach der Verordnung vom 6. Februar 1822, dem Bundesgesetz vom 4. Mai 1868, die Aufhebung der polizeilichen Beschränkungen der Eheschließung betr. und dem preuß. Gesetz vom 9. Dezember 1869 über den Beginn der Großjährigkeit, das gesetzliche Heirathsalter für den Mann bildet, erscheint uns als solches durchaus angemessen, da sich bei noch geringerem Alter nicht annehmen läßt, daß dieser wichtige, für das ganze Leben entscheidende Schritt mit der nöthigen Besonnenheit und Ueberlegung gethan werde.

In Hessen hat somit der §. 129 des Entwurfs — einzelne Fälle, in welchen vom gesetzlichen Heirathsalter Dispensation erlangt wird, ausgenommen — nur für die minderjährige Frau praktische Bedeutung und hier finden wir die Bestimmung, daß die Vormundschaft durch Verheirathung beendigt werde, aus den in den Motiven angeführten überzeugenden Gründen durchaus am Platz, erklären uns auch damit einverstanden, daß der Entwurf eine verheirathete Minderjährige, deren Ehe sich vor dem 21sten Jahre wieder löst, nicht wieder unter Vormundschaft stellen will; denn wenn alsdann der Hauptgrund, aus welchem sich die Beendigung der Vormundschaft über die verheirathete minderjährige Frau empfiehlt, die Schutzgewalt des Ehemannes, hinweg-

gefallen ist, so kann man doch die einmal gesetzlich anerkannte und von der Ehefrau thatsächlich ausgeübte Handlungsfähigkeit und Selbständigkeit nicht wieder entziehen.

21. Was die im §. 130 enthaltene Vorschrift über die Großjährigkeitserklärung anlangt, so will es uns scheinen, als ob es der Entwurf damit etwas zu leicht genommen habe. Die Erklärung, durch welche einem Minderjährigen die Rechte des Großjährigen beigelegt werden, ist immerhin ein wichtiger Akt. Sie gehörte im vorhinnigen Kurfürstenthum zur Kompetenz des Justizministeriums und es geht ihr noch jetzt, nachdem die Beschlußfassung über Großjährigkeitsgesuche auf das Kollegialgericht erster Instanz übergegangen ist, eine sorgfältige Untersuchung über die Fähigkeit des Pflegebefohlenen zur vollständigen eigenen Vermögensverwaltung voraus. Hierbei wird man nicht nur den Vormund, den Gegenvormund und die Verwandten, sondern auch den Vorstand der Gemeinde, welcher der Pflegebefohlene angehört, und den zuständigen Pfarrer zweckmäßig hören, da uns die Angaben des Vormunds und der Verwandten, für die ein eigenes Interesse bei der Großjährigkeitserklärung vorhanden sein kann, in der hier fraglichen Beziehung nicht ausreichend erscheinen. Auch sind wir der Ansicht, daß die Entscheidung über Großjährigkeitsgesuche nicht dem Vormundschaftsrichter zu überlassen, sondern dem Kollegialgericht erster Instanz zu übertragen sei, welchem der Vormundschaftsrichter das Gesuch nebst den stattgehabten Ermittelungen und seinem eigenen Gutachten vorzulegen hat.

Wenn man in dieser Weise besser dafür Sorge trägt, daß nur solche Personen für großjährig erklärt werden, die nicht allein die Fähigkeit zu eigener Vermögensverwaltung besitzen, sondern durch Charakter und Sinnesart die nöthige Garantie bieten, daß sie die ihnen gewährte Handlungsfähigkeit nicht mißbrauchen werden, dann kann man auch die Bestimmung des §. 131 entbehren, die wir als inkonsequent mißbilligen. Es empfiehlt sich unseres Erachtens durchaus nicht, für die wenigen Jahre, welche zwischen der Großjährigkeitserklärung und der Verheirathung einerseits und dem volljährigen Alter andererseits in Mitte liegen, noch einen Zwischenzustand, eine Art beschränkter Handlungsfähigkeit, einzuführen. Wen man nicht für vollständig geeignet hält, sein gesammtes Vermögen, auch wenn dasselbe in Grundeigenthum bestehen sollte, zu verwalten, den möge man nicht für großjährig erklären und wir finden es daher durchaus angemessen, wenn die hessischen Gerichte bei der Großjährigkeitserklärung besonders darauf Rücksicht nehmen, wie erheblich das zu verwaltende Vermögen ist und worin

es besteht. Die Gründe, welche in den Motiven S. 114 für die Einschränkung des §. 131 geltend gemacht werden, sind unseres Erachtens nicht zutreffend und Philler a. a. O. S. 345 fg. wendet mit Recht dagegen ein, daß derjenige, der im Stande ist, zu beurtheilen, ob ein Kapital einzuziehen und wie es anderweit sicher anzulegen sei, auch dafür ein richtiges Verständniß haben werde, ob ihm die Veräußerung eines Grundstückes nothwendig und nützlich sei. Und wird etwa der Zweck jener Bestimmung, die Erhaltung des Grundeigenthums, einem leichtsinnigen, verschwenderischen Menschen gegenüber erreicht? Keineswegs; ein solcher kann Schulden über Schulden kontrahiren, ohne das Grundeigenthum zu veräußern, die Gläubiger schreiten schließlich zur Klage, erwirken gerichtliche Einweisung und bringen das Grundeigenthum zum Zwangsverkauf.

Aus den entwickelten Gründen schlagen wir vor, die §§. 130 und 131 zu streichen und folgenden Paragraphen aufzunehmen:

> „Für die Großjährigkeitserklärung, welche erst nach vollendetem 18. Lebensjahre erfolgen darf, ist das Kollegialgericht erster Instanz zuständig.
>
> Derselben muß eine sorgfältige Untersuchung vorausgehen, ob der Pflegebefohlene zur selbstständigen Verwaltung seines Vermögens für vollkommen befähigt zu halten sei, welche der Vormundschaftsrichter zu leiten und mit seinem eigenen Gutachten an das Kollegialgericht einzusenden hat.“

22. Zum §. 143 sind wir mit Maercker und Philler a. a. O. der Ansicht, daß das Gutachten des Staatsanwalts füglich entbehrt werden könne. Hat sich der Vormund eines Vergehens schuldig gemacht, so ist der Vormundschaftsrichter von Amtswegen verpflichtet, dem Staatsanwalt davon Mittheilung zu machen.

23. Die Ausführung der Bestimmung des §. 138 — Rückgabe des Vormundschaftsbriefs nach beendigter Vormundschaft an das Gericht — dürfte nur Weitläufigkeiten und vermehrte Arbeit bei den Gerichten zur Folge haben. Da wo diese Rückgabe nicht vorgeschrieben ist und daher auch nicht stattfindet, wie z. B. in Hessen, ist ein Mißbrauch mit erloschenen Vormundschaftsbriefen nicht wahrgenommen worden.

24. Ein sowohl dem gemeinen Recht, als dem Allg. Landrecht auf dem Gebiete des Vormundschaftswesens durchaus fremdes Institut beabsichtigt der Entwurf in dem Familienrath einzuführen, einem aus mindestens drei Verwandten des Pflegebefohlenen zusammengesetzten Kollegium, welches von der Aufsicht des Vormundschaftsrichters befreit,

den Vormund und Gegenvormund an Stelle des Gerichts selbständig beaufsichtigen soll.

Wir stehen nicht an, diese Einrichtung übereinstimmend mit Maercker a. a. O. S. 314 als eine höchst unpraktische zu bezeichnen und den dringenden Wunsch auszusprechen, daß von der Einführung dieses Instituts Abstand genommen werde.

Zu diesem Urtheil veranlassen uns die nachstehend entwickelten Gründe.

Mit Recht stellen die Motive S. 49 das Prinzip auf, daß die Oberaufsicht über das Vormundschaftswesen nothwendig in letzter Instanz vom Staat ausgeübt werden müsse. Die Aufsicht des Familienraths über Vormund und Gegenvormund ist aber offenbar keine staatliche Oberaufsicht und wir fragen uns daher vor Allem, welche erheblichen, dringenden Gründe die Motive für die beabsichtigte Ausnahme von dem aufgestellten richtigen Prinzip vorgebracht haben.

Die Motive besagen in dieser Beziehung, daß in einzelnen Fällen vormundschaftlicher Verwaltung, falls nämlich Vermögen des Pflegebefohlenen vorhanden sei, welches besonderer, dem Richter nicht beiwohnender technischer Kenntnisse bedürfe und bei dessen Verwaltung eine freiere Bewegung gestattet werden müsse, wie z. B. bei der Bewirthschaftung großen Grundbesitzes, der Verwaltung einer großen Fabrik, der Fortführung einer beträchtlichen kaufmännischen Handlung, der Theilnahme des Pflegebefohlenen an einer Handelsgesellschaft, eine richterliche Beaufsichtigung einen sehr geringen oder gar keinen Nutzen gewähre und deßhalb dem Staat die Oberaufsicht in solchen Fällen vorzubehalten, nicht als nothwendig, ja nicht einmal als nützlich erscheine.

Wir glauben dieser Ausführung entschieden widersprechen zu müssen.

Weit davon entfernt, dem Richterstande ein übermäßiges Lob zu spenden, müssen wir gerechterweise anerkennen, daß der Richterstand der Gegenwart, dem realen Zuge der Zeit folgend, vorwiegend der praktischen Richtung huldigt, daß er sich von der Einseitigkeit früherer Zeit losgemacht hat und den Neuerungen auf dem Gebiete des Handels, der Industrie und Landwirthschaft lebhaftes Interesse zuwendet. Die Zeit weitläufiger Relationen mit gelehrten Exkursen und zahlreichen Citaten, die als Kriterium der Gründlichkeit den Richter vollständig in Anspruch nahmen und von dem praktischen Leben abzogen, ist vorbei. Die große Mehrzahl der heutigen Richter hat für das letztere Interesse und Verständniß und ist auf den gedachten Gebieten keineswegs so unerfahren, wie die Motive anzunehmen scheinen. Doch nein! auch die Motive nehmen dies nicht an, sagen sie doch S. 50 wörtlich:

„Daß sie (die Gerichte) geeignet seien, in schwierigen verwickelten Angelegenheiten Rath zu ertheilen und Verwaltungs-Rechnungen zu prüfen, wird ihnen schwerlich bestritten werden können, wenn man erwägt, daß hierzu in den meisten Fällen auch eine Kenntniß des Rechts erforderlich ist. Die Richtigkeit dieser Thatsache hat das praktische Leben längst anerkannt; denn überall, wo es sich um größere Verwaltungen handelt (bei Aktiengesellschaften, größerem Privatbesitz u. s. w.) findet man, daß mit Vorliebe Juristen herangezogen werden.“

Wenn also grade bei größeren Verwaltungen zur Berathung, sowie zur Prüfung der Rechnungen vorzugsweise Juristen für tüchtig gehalten werden, so sehen wir nicht ein, weshalb der Vormundschaftsrichter in den von den Motiven angeführten Fällen vormundschaftlicher Verwaltung ungeeignet sein soll, den Vormund und Gegenvormund wirksam zu beaufsichtigen. Dazu bedarf es nicht immer besonderer technischer Kenntnisse und wenn solche bei der Entscheidung einzelner Fragen wirklich unentbehrlich sind, so wird der Vormundschaftsrichter von der Befugniß des §. 45 Gebrauch machen und sich die Gutachten sachverständiger Verwandten zur Richtschnur dienen lassen.

Wir vermögen hiernach nicht anzuerkennen, daß bei derartigen größeren Verwaltungen, wie sie die Motive bei der Einführung des Familienraths im Auge haben, eine dem Pflegebefohlenen ersprießliche Oberaufsicht vom Richter nicht gehandhabt werden könne und deßhalb die Aufgebung der staatlichen Aufsicht überhaupt geboten sei — und weitere Gründe haben die Motive für das Bedürfniß einer Familienaufsicht durch den Familienrath nicht vorzubringen vermocht.

Fragen wir uns aber weiter, ob sich wenigstens das Institut selbst voraussichtlich als praktisch erweisen werde, so glauben wir auch diese Frage bestimmt verneinen zu müssen.

Während man nach den Motiven erwarten sollte, daß der Entwurf den Familienrath als eine Ausnahme von dem angenommenen Prinzip auf die Fälle einer beträchtlichen, besondere technische Kenntnisse erfordernden Vermögensverwaltung beschränken werde, räumt der §. 148 dem Vater allgemein die Befugniß ein, die Beaufsichtigung der Vormundschaft durch einen Familienrath anzuordnen. Und wenn nun auch solche Väter von dieser Befugniß Gebrauch machen, für deren Verhältnisse das Institut des Familienraths von vornherein nicht berechnet ist? Man setze einfach den Fall, daß drei Bauern die Verwaltung des Vormunds und Gegenvormunds selbständig zu beaufsichtigen haben, die mit den

beiden letzteren überdies durch Verwandtschaft oder Schwägerschaft verbunden sind, und wir behaupten auf Grund der Erfahrung, daß eine solche Beaufsichtigung dem Pflegebefohlenen für die Erhaltung und gewissenhafte Verwaltung seines Vermögens nicht die geringste Garantie gewährt. Die Erfahrung lehrt, wie häufig Vormünder, selbst bei gerichtlicher Aufsicht mit dem Mündelgut nicht so verfahren, wie es ihr Amt ihnen vorschreibt, wie sehr sie geneigt sind, dasselbe möglichst lange in ihren eigenen Nutzen zu verwenden, ja, daß sie nicht einmal etwas dabei finden und sich damit entschuldigen, daß sie die für sich verwendeten Mündelgelder selbst verzinsen wollten. Einer solcher Auffassung wird ein aus Verwandten bestehender Aufsichtsrath nicht mit der erforderlichen Energie entgegentreten können — Mangel an Autorität, Familienverhältnisse und persönliche Rücksichten sonstiger Art werden zum Schaden des Pflegebefohlenen einer strengen Aufsicht entgegenstehen — ein Bedenken, das wir selbst bezüglich derjenigen Kreise für begründet halten, welche man bei dem Institut des Familienraths nach den Motiven vorzugsweise in's Auge gefaßt hat.

Und noch auf Folgendes wollen wir aufmerksam machen.

Wenn man ein aus Verwandten oder Freunden des Pflegebefohlenen zusammengesetztes Familienorgan wirklich für geeignet und fähig hält, den Vormund und Gegenvormund selbständig zu beaufsichtigen, so muß man demselben unseres Erachtens auch die zu einer wirksamen Oberaufsicht erforderlichen Befugnisse einräumen und seinen Beschlüssen den gehörigen Nachdruck verleihen, d. h. den Vormund und Gegenvormund anweisen, den Beschlüssen des Familienraths Folge zu leisten. Der Entwurf thut das Gegentheil; er gewährt dem Vormund und Gegenvormund die Befugniß, den Beschluß des beaufsichtigenden Familienorgans unausgeführt zu lassen und ein weiteres Verfahren herbeizuführen (§. 159). Und wer wird nun berufen, die streitenden Theile zu vereinigen und das entscheidende Wort zu sprechen? Der Vormundschaftsrichter, den der Entwurf wegen mangelnder technischer Kenntniß zur Beaufsichtigung der Vormundschaft nicht für fähig hält, soll nun auf einmal im Stande sein, die offenbar schwierigsten Fragen — Meinungsverschiedenheiten unter Sachverständigen — zu entscheiden; denn, daß es sich im §. 159 nicht etwa um streitige Rechtsfragen handelt, braucht wohl kaum erwähnt zu werden — hinsichtlich solcher könnte man sich einfach eines Rechtsanwalts bedienen, der bei derartigen bedeutenden Vermögensverwaltungen ohnehin nicht wird entbehrt werden können. Wir halten uns der Zustimmung der überwiegenden Mehrzahl der Richter versichert, wenn wir uns gegen eine solche Stellung des

Vormundschaftsrichters verwahren. Will man die Oberaufsicht über die Vormundschaften in bestimmten Fällen einem Familienrath übertragen, so lasse man den Vormundschaftsrichter aus dem Spiel, so muthe man demselben nicht zu, daß er von Vormund, Gegenvormund und Familienrath plötzlich angerufen sich nunmehr in eine ihm völlig fremde verwickelte Vormundschaftssache hineinarbeite, sich eine möglichst genaue Kenntniß aller in Betracht kommenden Verhältnisse verschaffe – nur, um eine Meinungsverschiedenheit der ständigen vormundschaftlichen Organe zu entscheiden. Wenn der Vormundschaftsrichter bei derartigen streitigen Fragen den Ausschlag geben kann, so kann man ihm auch die Entscheidung der nicht streitigen, m. a. W. die Leitung und Beaufsichtigung der ganzen Vormundschaft ohne Schaden anvertrauen, wie wir bereits oben behauptet haben und wie die Erfahrung seither gelehrt hat.

Wir glauben hiernach überzeugend dargethan zu haben, daß das beabsichtigte Institut des Familienraths kein Bedürfniß ist und auf praktischen Werth keinen Anspruch machen kann, weshalb wir Streichung des Abschnitts im Entwurf, die Familienaufsicht über den Vormund betreffend, vorschlagen.

25. Die Bestimmung des §. 168, nach welcher Taubstumme, wenn sie sich gleich durch Zeichen verständlich machen können, auf ihren Antrag bevormundet werden müssen, halten wir für gerechtfertigt. Das Gesetz, welches diese Bestimmung offenbar aus Nützlichkeitsgründen aufnimmt, hat damit bereits entschieden, was nach Philler a. a. O. S. 168 der Richter in jedem einzelnen Falle noch prüfen und entscheiden soll, ob sich nämlich die Anordnung einer Vormundschaft als nothwendig oder nützlich empfehle.

26. Da nach der Gerichtsverfassung in den neuen Landestheilen für die Prodigalitätserklärung, welche die Anordnung der Vormundschaft zur Folge hat, das Kollegialgericht erster Instanz zuständig ist, woran der §. 170 des Entwurfs nichts geändert hat, so will es uns nicht passend erscheinen, daß die Aufhebung der Vormundschaft, die Beurtheilung der Frage, ob sich der Bevormundete gebessert habe, lediglich dem Vormundschaftsrichter überlassen werde. Man denke sich nur den Fall, daß das Kollegialgericht und der Vormundschaftsrichter über die Nothwendigkeit der Prodigalitätserklärung von vornherein verschiedener Ansicht sind. Soll in diesem Falle der Vormundschaftsrichter die Prodigalitätserklärung des Kreisgerichts dadurch unwirksam machen können, daß er die Vormundschaft nach wenigen Tagen oder Wochen wieder

aufhebt, weil er der Ansicht ist, daß der Bevormundete sein Vermögen ohne Nachtheil selbst verwalten könne?

Es dürfte sich hiernach für den §. 171 folgende Fassung empfehlen:

„Ueber die Beendigung der Vormundschaft nach erfolgter Besserung des Bevormundeten hat das für die Prodigalitätserklärung zuständige Gericht, welches zuvor ein Gutachten der Verwandten einzuholen hat, zu beschließen."

Schließlich sei noch erwähnt, daß wir Bemerkungen, welche blos die Redaktion des Gesetzes und seiner einzelnen Bestimmungen betreffen, unterlassen haben, da wir der Ueberzeugung sind, daß in dieser Beziehung die Faktoren der Gesetzgebung das Nöthige von selbst besorgen werden.

XI.

Ueber das Subhastations-Verfahren in Elsaß-Lothringen.

Von dem Kaiserl. Landgerichtsrath Herrn Stieve zu Zabern im Elsaß.

In Elsaß-Lothringen bestehen die französischen Gesetze fort, soweit sie nicht ausdrücklich aufgehoben. An Stelle des code de procédure civile wird voraussichtlich bald der in den Geburtswehen liegende deutsche Civilprozeß treten. Der Entwurf eines solchen von 1871 umfaßt aber nicht die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen (Subhastations-Verfahren), sondern überläßt diesen Theil des Civilprozesses zum größten Theil, nämlich bis auf einige Kompetenzbestimmungen in den §§. 667 678, der Partikular-Landes-Gesetzgebung. Die gesetzgebenden Faktoren Elsaß-Lothringens befinden sich also in Uebereinstimmung mit der deutschen Reichs-Gesetzgebung, wenn sie ein Partikular-Subhastationsverfahren für die Reichsprovinz allein machen.

Freilich auf die Frage, **weshalb** dieser Theil des Civilprozesses partikularisirt wird, wissen wir keine genügende Antwort zu finden. Die Motive der preußischen Subhastations-Ordnung v. 15. März 1869 (S. 36—40) führen drei Gründe an: 1) die schlechten Realkredit-Verhältnisse in den östlichen Provinzen Preußens, 2) weil das Subhastations-Verfahren weniger als jede andere prozessuale Materie mit den allgemeinen Prozeß-Grundsätzen in Zusammenhang stehe und vielmehr seine Prinzipien in sich selbst trage, 3) weil das Grundbuchs- und Hypothekenwesen, sowie das materielle Immobiliarrecht in den verschiedenen deutschen Ländern zu verschieden sei. — Die deutschen Civilprozeß-Motive (S. 470) dagegen führen nur den letztgedachten (dritten) Grund an: daß die Subhastation mit dem Eigenthums- und Hypothekenrecht so zusammenhänge, daß die erforderlichen Bestimmungen darüber, welche Sachen und Rechte zum unbeweglichen Vermögen gehören, ob und in welcher Weise eine Eintragung der vollstreckbaren Forderung in das Hypothekenbuch zulässig und in welcher Weise die Beschlagnahme der Immobilien auszuführen, der Landesgesetzgebung überlassen werden **müßten**.

Die Verfasser sowohl der preußischen als der deutschen Motive haben also das Bedürfniß gefühlt, ihre auf diesem Gebiete so unzeitgemäßen partikularistischen Tendenzen zu entschuldigen. Aber sind die vorgebrachten Entschuldigungsgründe stichhaltig? Ich habe dieselben schon in meiner Kritik der preußischen Subhastations-Ordnung vom 15. März 1869 (Bd. 3 S. 311 fgg. dieser Zeitschrift) zu widerlegen versucht, und finde meine Ansichten durch die seitdem gemachten Erfahrungen als preußischer Subhastations-Richter und neuerdings als Richter in Elsaß-Lothringen, also auf zwei Rechtsgebieten, welche sich diametral entgegenstehen, bestätigt. Ich behaupte: ad 1) der Realkredit in den östlichen Provinzen hat sich nicht durch die neue Subhastations-Ordnung gebessert; wenn er sich seit dem letzten Kriege in etwas gebessert hat, so liegt dies in dem augenblicklich vermehrten Geldzufluß, und wird wieder anders werden, wenn nicht korporative Grundkredit-Verbände (cf. S. 312 a. a. O.) das Uebel an der Wurzel angreifen; ad 2) liegt es auf der Hand, daß gerade eine Materie, welche „mit allgemeinen Prozeßgrundsätzen nicht in Zusammenhang steht und vielmehr ihre Prinzipien in sich selbst trägt," vor allen andern sich zur gemeinsamen deutschen Kodifikation eignet. Die sog. Prinzipien der Subhastation bestehen nämlich einfach darin, daß es sich gerade so wie bei der Mobiliar-Exekution um einen Zwangs-Verkauf handelt, nur mit dem Unterschiede, daß bei Mobilien der Exekutor (huissier) und bei Immobilien der Richter verkauft resp. versteigert; daß bei Mobilien die Sache greifbar zum Verkauf gestellt wird, bei Immobilien eine Beschreibung durch den Richter erfolgt; bei Mobilien die Sache körperlich tradirt wird, bei Immobilien der Richter blos für Feststellung des Meistgebots und öffentliche Beglaubigung des Käufers sorgt, indem das Eigenthum (nach allen Rechtssystemen) ohne traditio durch den Zuschlag übergeht. Der Subhastationsrichter ist also weiter nichts, als ein Exekutor für Immobilien. Die richterliche Thätigkeit beginnt erst wieder mit den Inzident-Streitigkeiten. Art. 718 sqq. C. de proc. Mit demselben Recht also, mit welchem man die Zwangsvollstreckung in Immobilien aus dem Civilprozeßentwurf entfernt hat, könnte man auch die Zwangsvollstreckung in Mobilien in die Partikulargesetzgebung verweisen.

Es erübrigt der dritte Grund: die Verschiedenheit des Grundbuchs- und Hypothekenwesens, sowie des materiellen Immobiliarrechts. Diese Verschiedenheit ist nicht zu leugnen. Aber das prozessuale Verfahren der saisie immobilière wird dadurch nicht wesentlich berührt. Hat man doch in Preußen kürzlich das Grundbuchs- und Hypothekenwesen,

sowie das materielle Immobiliarrecht einer gründlichen Reform unterworfen, ohne deßhalb das Subhastations-Verfahren im mindesten zu ändern; und umgekehrt in der preußischen Rheinprovinz schon am 1. August 1822 eine neue Subhastations-Ordnung eingeführt, ohne das Grundbuchs- und Hypothekenwesen, sowie das materielle Immobiliarrecht zu ändern. Alles ohne irgend welche Mißstände: Beweis genug, wie lose beide Gebiete zusammenhängen. Man muß sich nur klar darüber werden, wo überhaupt ein Zusammenhang obwaltet. Zunächst ist die Frage, welche Sachen und Rechte zum unbeweglichen Vermögen gehören, rein materiellen Rechtens und gehört nicht in die Subhastations-Ordnung. Denn die Subhastation hat nur den Zweck, die zwangsweise Uebertragung des Eigenthums von dem Subhastaten auf den Adjudikatar zu bewirken; und darin stimmen preußisches, französisches und gemeines Recht überein, daß durch den Zuschlag der Adjudikatar niemals mehr Rechte erwerben kann, als der Subhastat zur Zeit des Zuschlags hatte. Dieser Fundamentalsatz sowie die aus der Realisirung des Pfandrechts folgenden Rechte der Hypothekengläubiger bleiben durch jedwedes Verfahren unberührt. Freilich muß die Subhastation mit dem Zuschlag ihr Ende finden. Das altpreußische Kaufgelderbelegungs-Verfahren und das französische Ordre-Verfahren haben mit der Subhastation selbst nichts zu thun, und bilden einen prozessualen Abschnitt für sich, welcher in Uebereinstimmung mit den Prinzipien der deutschen Prozeßordnung geregelt werden muß, wobei zweifellos das altpreußische Verfahren fallen gelassen wird. Denn es ist nicht Sache des Richters, den Parteien ihr Geld zuzuzählen; sie mögen es sich überweisen lassen und selbst einziehen; einigen sie sich über Vertheilung des Kaufpreises, so mag der Richter aus dem Spiel bleiben; einigen sie sich nicht, so mögen die Streitpunkte vor den Richter gebracht und ein Kollokations-Verfahren eröffnet werden. Das ist der leitende Gedanke des code de procédure Art. 749—779: de l'ordre. Das war auch die Intention der Preuß. Allgem. Gerichts-Ordnung. Dieselbe beschließt die Lehre von der nothwendigen Subhastation mit dem „Adjudikations-Urtel und dessen Wirkungen", §§. 58—64, I. 52 AGO., also mit dem Zeitpunkt, wo das Eigenthum der verkauften Sache auf den Adjudikatar übergeht, und überläßt es dem Antrage eines Interessenten, wegen der Kaufgelder die Eröffnung des Liquidationsprozesses herbeizuführen. §. 3 sqq. I. 51 AGO. Erst die Verordnung v. 4. März 1834 und nachher die Konk.-O. v. 8. Mai 1855 und Subh.-O. v. 15. März 1869, haben die Kaufgelder-Belegung ex officio eingeführt. Diese Erfindung muß freilich fallen.

Was sodann das Grundbuchs- und Hypothekenwesen betrifft, so steht dasselbe mit der Subhastation nur insofern in Verbindung, als der Gläubiger (Extrahent) eine Bescheinigung aus dem Grund- und Hypothekenbuch beibringen muß darüber, daß der Schuldner (Subhastat) wirklich Eigenthümer des zu subhastirenden Grundstücks ist und welche Hypotheken darauf haften; als ferner der Subhastationsvermerk eingetragen und schließlich der Besitztitel des Adjudikatars berichtigt werden muß. Aber diese Bescheinigungen und Eintragungen, so verschieden sie in der Form und Art je nach Einrichtung des Grund- und Hypothekenbuchs in den verschiedenen deutschen Vaterländern sein mögen, erfolgen im Wesentlichen doch nothwendig immer in derselben Weise. Die Eintragung einer vollstreckbaren Forderung gehört gar nicht in eine Subh.-O., sondern geht der Subhastation vorher.

Endlich kommen bei der Subhastation noch die Kataster-Einrichtungen insofern in Betracht, als die Größe, Lage und Beschaffenheit des zu subhastirenden Grundstücks durch Auszüge aus der Grundsteuer-Mutterrolle und Gebäudesteuerrolle nachgewiesen wird. Diese Institute bestehen aber in Preußen (auch in den neuen Provinzen seit 1867) sowie in den französisch-rechtlichen Gebieten Deutschlands überall gleichmäßig. Sollten noch einige deutsche Vaterländer dieser Einrichtung entbehren, so thut das übrigens auch einer einheitlichen Subhastations-Ordnung keinen Abbruch. Denn die Beschreibung des Grundstücks kann auch durch Bezeichnung der Straße, Grenznachbarn 2c. geschehen; und wo etwa (wie in Altpreußen) bisher die Grund- und Gebäudesteuer zugleich Maßstab für die Bietungs-Kautionen war, kann dies unbedenklich beibehalten werden. Im Uebrigen haben ja die Auszüge aus der Steuerrolle nur einen informatorischen Werth.

Wir kommen demnach zu dem Resultat, daß eine einheitliche deutsche Subhastations-Ordnung als Theil des deutschen Civilprozesses sehr wohl möglich wäre, wenn man nur einigermaßen freien Spielraum gewährt, wie der deutsche Entwurf von 1871 ja grundsätzlich thut in allen Materien, welche er umfaßt. Man soll sich nicht, wie die preußischen Motive v. 15. März 1869 (S. 38) darauf berufen, daß der hannoversche Civilprozeß-Entwurf von 1863/64, sowie der preußische Civilprozeß-Entwurf von 1864 die Subhastation ebenfalls von der gemeinsamen Gesetzgebung ausgeschlossen haben. Denn die politischen Verhältnisse haben sich seitdem geändert, und die Rücksichten, welche damals bestimmend waren, existiren nicht mehr.

Da wir aber für jetzt keine Hoffnung haben, den Partikularismus dieser Materie zu brechen, so wollen wir wenigstens für die zukünftige gemeinsame deutsche Subhastations-Ordnung einen Baustein beitragen, indem wir die neuen Erscheinungen auf diesem Gebiet besprechen.

Wir lassen deßhalb hier den von den gesetzgebenden Faktoren Elsaß-Lothringens ausgearbeiteten Entwurf einer Subhastations-Ordnung für Elsaß-Lothringen folgen. Derselbe lautet:

Gesetz betreffend den Zwangsverkauf von Liegenschaften.

§. 1. Der Zwangsverkauf von Liegenschaften geschieht durch das Friedensgericht, in dessen Bezirke sie gelegen sind.

Gehören gemeinsam bewirthschaftete Güter verschiedenen Bezirken an, so ist das Friedensgericht zuständig, in dessen Bezirke der Hauptsitz der Bewirthschaftung, oder Mangels eines solchen Sitzes, der nach dem Grundsteuerbetrage zu ermittelnde werthvollere Theil der Güter liegt.

Bei gesonderter Bewirthschaftung der Güter verschiedener Bezirke kann mit dem Gesammtverkaufe eines der Friedensgerichte, sofern sie unter demselben Landgerichte stehen, von letzterem, entgegengesetzten Falls vom Appellationsgerichte beauftragt werden.

§. 2. Die Zwangsvollstreckung beginnt mit einer Zahlungsaufforderung, welche die Erklärung enthält, daß im Nichtzahlungsfalle der Verkauf der Liegenschaften bei dem zu bezeichnenden Friedensgerichte nachgesucht werde.

Dem Schuldner ist zugleich der zu vollstreckende Titel zuzustellen. Hat diese Zustellung bereits stattgefunden, so genügt die Angabe des Datums derselben.

Einem Drittbesitzer ist mit der Aufforderung des Artikels 2169 des BGB. der zu vollstreckende Titel nebst Abschrift der Zahlungs-Aufforderung an den Schuldner zuzustellen.

Der außerhalb des Bezirks des zuständigen Friedensgerichts wohnende Gläubiger hat in den erwähnten Aufforderungen Wohnsitz in dem Bezirke zu wählen.

Ist mit dem Zwangsverkauf ein Friedensgericht beauftragt, so wird der ergangene Beschluß mitgetheilt.

§. 3. Der Zwangsverkauf darf vor Ablauf eines Monats nach der Zahlungs-Aufforderung, beziehungsweise der Aufforderung an den Drittbesitzer nicht nachgesucht werden. Sind mehr als sechs Monate seit der Zahlungs-Aufforderung an den Schuldner verstrichen, so müssen die Aufforderungen wiederholt werden.

§. 4. Der Zwangsverkauf wird vom Gläubiger oder seinem Bevollmächtigten oder durch schriftliche Eingabe bei dem Friedensgerichte nachgesucht unter Einreichung:

1) des vollstreckbaren Schuldtitels;

2) der Zustellungen des §. 2;

3) eines Verzeichnisses der zu verkaufenden Liegenschaften, in welchem dieselben unter Angabe des Besitzers nach Lage, Begrenzung und Beschaffenheit erkennbar bezeichnet sind;

4) des Nachweises über die von jeder einzelnen Liegenschaft zu entrichtenden Grundsteuer;

5) eines Auszuges aus dem Hypotheken-Register, welcher die gegen den Besitzer

der Güter und dessen bekannte Rechtsvorgänger bestehenden Eintragungen aufzuführen hat;

6) der Erklärung eines Angebots für jedes Grundstück;

7) der Kaufbedingungen.

Ueber den Hergang ist eine Verhandlung aufzunehmen.

§. 5. Der Friedensrichter verfügt die Zurückweisung unbegründeter, sowie die Ergänzung mangelhafter Gesuche.

Erscheint das Gesuch genügend begründet, so beruft er, sofern nicht erhebliche Bedenken eine ablehnende Verfügung begründen, den Gläubiger, Schuldner und Drittbesitzer zur Verhandlung über die in Betracht kommenden Thatsachen, insbesondere die Besitz- und Eigenthums-Verhältnisse der zum Verkaufe zu bringenden Liegenschaften und die Angemessenheit des Angebots.

Er erfordert die Hypotheken-Auszüge gegen erst ermittelte Vorbesitzer, stellt das Angebot, nöthigenfalls unter Zuziehung von Sachverständigen, fest und entscheidet (§. 16) über vorgebrachte Einreden und Streitigkeiten.

§. 6. Die vom Friedensrichter demnächst zu erlassende Verkaufsverordnung enthält:

1) Namen, Gewerbe und Wohnort des Gläubigers, Schuldners und Drittbesitzers, sowie den vom Gläubiger gewählten Wohnsitz;

2) die Bezeichnung der Güter, das Angebot auf jedes derselben und die Grundsteuer;

3) Ort, Tag und Stunde des Zwangsverkaufs;

4) die Anzeige, daß die vollständigen Verhandlungen auf der Gerichtsschreiberei zur Einsicht offen liegen.

Die Versteigerung geschieht in der Regel in der Gemeinde der Liegenschaften. Gehören dieselben verschiedenen Gemeinden an, so können, nach Bedürfniß, aufeinander folgende Termine an verschiedenen Orten bestimmt werden.

§. 7. Die Verkaufsverordnung ist dem Schuldner und Drittbesitzer zuzustellen, in das Register des Hypothekenbewahrers zu überschreiben und demnächst öffentlich bekannt zu machen (§. 8).

Der Schuldner und Drittbesitzer haben im Bezirke des Friedensgerichts, wenn sie daselbst nicht wohnen, in 14 Tagen nach der Zustellung Wohnsitz zu wählen.

§. 8. Die Bekanntmachung der Verkaufsverordnung erfolgt:

1) durch Anheftung einer vom Friedensrichter zu bestimmenden Zahl gedruckter Exemplare in den Gemeinden der Liegenschaften, im Hauptorte der Mairie und am Amtsgebäude des Friedensgerichts;

2) durch das zu amtlichen Bekanntmachungen dienende Blatt, in welches dreimal mit Zwischenzeit von je drei Tagen mindestens, wenn die jährliche Grundsteuer 100 Franken übersteigt, die Verkaufsverordnung vollständig, sonst ein den Gläubiger, Schuldner, Drittbesitzer, die Gemeinde der Liegenschaften, deren Art und Gesammtgröße und den Versteigerungstermin bezeichnender Auszug einzurücken ist;

3) durch amtliche Uebersendung von Exemplaren an die vor Ueberschreibung der Verordnung in das Register des Hypothekenbewahrers eingetragenen Gläubiger.

Die vorstehenden Bekanntmachungen gehen dem Versteigerungstermine frühestens sechs Wochen, spätestens 14 Tage voran.

Die Anheftungen werden durch Gerichtsvollzieher-Urkunden, die Einrückungen durch Exemplare des Blattes, die Zusendungen an die Gläubiger durch die schriftliche Bezeugung des Gerichtsschreibers und Bescheinigungen der Postbehörde über Aufgabe

der nach den gewählten und wirklichen Wohnsitzen der Gläubiger adressirten Briefe nachgewiesen.

Den Betheiligten ist auf Verlangen eine Anzahl von Exemplaren der Verkaufsverordnung zu angemessener Verbreitung zu übergeben.

§. 9. Erscheint der betreibende Gläubiger weder persönlich noch durch einen Bevollmächtigten im Versteigerungstermine, so unterbleibt die Fortsetzung des Verfahrens, vorbehaltlich der Bestimmungen im §. 28.

§. 10. Im Versteigerungstermine sind zunächst

die stattgehabten Verhandlungen (§§. 2 bis 9) offen zu legen und in geeigneter Weise zur Kenntniß der Anwesenden zu bringen,

sodann die Kaufbedingungen zu verlesen und der voraussichtliche Betrag der Kosten des Verfahrens anzugeben, demnächst

die Liegenschaften zu den Angeboten zum Verkaufe auszusetzen.

§. 11. Die Versteigerung geschieht bei brennenden Kerzen in der Art, daß der Zuschlag erfolgt, sobald nach einem Gebote drei Kerzen, deren jede wenigstens eine Minute brennt, ohne Mehrgebot erloschen sind.

Ein Mehrgebot oder Zuschlag, welche vom Friedensrichter sofort für ungültig erklärt werden, entkräften das vorangegangene Gebot nicht.

Der Ansteigerer hat im Bezirke des Friedensgerichts, wenn er daselbst nicht wohnt, Wohnsitz zu wählen.

§. 12. Der Friedensrichter, Gerichtsschreiber und dienstthuende Gerichtsvollzieher können bei Strafe der Nichtigkeit des Zuschlages und disciplinarischer Ahndung weder selbst noch durch Mittelspersonen bieten.

Unbekannten und Zahlungsunfähigen ist vom Friedensrichter das Bieten nur dann zu gestatten, wenn sie einen als Selbstschuldner haftenden geeigneten Bürgen stellen.

Der Ansteigerer kann auf Verlangen anwesender Betheiligter durch Verfügung des Friedensrichters zu sofortiger Bürgschaftsleistung angehalten werden. Erfolgt sie nicht, so ist der Zuschlag für nicht ertheilt zu erklären.

§. 13. Benennt der Ansteigerer bis zum Ablaufe des dritten Tages nach dem Zuschlage mittelst gerichtlich zu beurkundender Erklärung einen Dritten als denjenigen, für welchen er gekauft habe, so gilt dieser Dritte, wenn seine Annahme in der oben bezeichneten Frist erfolgt, als unmittelbarer Käufer und der Ansteigerer als sein Solidarbürge.

§. 14. Die Kosten des Verfahrens fallen, vorbehaltlich anderweitiger Festsetzung in den Bedingungen, den Ansteigern zur Last.

§. 15. Das Versteigerungsprotokoll enthält:

1) die Bezeichnung des betreibenden Gläubigers, des Schuldners und Drittbesitzers, des gewählten Wohnsitzes des Gläubigers, des zur Vollstreckung gelangten Titels, der dem Schuldner und Drittbesitzer zugestellten Aufforderungen, das Datum der Verkaufsverordnung und der Tage ihrer Zustellung, Ueberschreibung und Bekanntmachungen;

2) die Beurkundung, daß sämmtliche Verhandlungen des Verfahrens, die etwa erfolgten Einsprüche und ergangenen Entscheidungen offen gelegen haben und zur Kenntniß der Anwesenden gebracht sind;

3) die Kaufbedingungen und die Beurkundung ihrer öffentlichen Verlesung;

4) die Bezeichnung jeder zum Verkaufe ausgesetzten Liegenschaft, der Meistgebote und der Meistbietenden, die Beurkundung des in der Form des §. 11 geschehenen

Zuschlages und die Benennung der gestellten Bürgen sowie des von den Ansteigerern gewählten Wohnsitzes (§. 11);

5) die Erklärungen über den für Dritte geschehenen Ankauf (§. 13);

6) die Unterschriften der Ansteigerer und Bürgen oder die Erwähnung, daß und warum sie nicht unterschrieben haben.

§. 16. Der mit dem Zwangsverkaufe befaßte Friedensrichter entscheidet über Streitigkeiten wegen der Kaufbedingungen endgültig; vorläufig über alle andern auf Vernichtung des Verfahrens oder einzelner Theile desselben (§. 15) zielenden Anträge, ohne Unterschied, ob sie auf Formfehler oder anderweitige Gründe gestützt sind, von dem Schuldner, Drittbesitzer und den Hypothekargläubigern oder von solchen Dritten ausgehen, welche während des Verfahrens dem Zwangsverkaufe entgegentreten.

Die vorläufigen Entscheidungen werden endgültig, sofern sie nicht in 14 Tagen nach ihrer Erlassung durch Klage zum Landgerichte des Bezirks angegriffen werden.

Sie sind mit Ausnahme derjenigen, welche der Versteigerung nachfolgen (§. 18), sofort vollstreckbar.

Vorbescheide können nur mit der Schlußentscheidung angegriffen werden.

Sämmtliche Entscheidungen des Friedensgerichts sind in ihrer Wirkung auf Feststellung der Gültigkeit oder Ungültigkeit des schwebenden oder stattgehabten Zwangsverkaufs-Verfahrens beschränkt.

Diese Beschränkung findet auf die in Folge landgerichtlicher Klagen ergangenen Urtheile keine Anwendung.

§. 17. Gegen Verfügungen des Friedensrichters, welchen die Natur von Entscheidungen zwischen streitenden Parteien nicht beiwohnt, ist den Betheiligten die Beschwerde bei dem Landgerichte gestattet.

§. 18. Verletzungen der Vorschriften über das Verfahren bei Zwangsverkäufen haben dessen gänzliche oder theilweise Nichtigkeit zur Folge, wenn, mit Rücksicht auf die Bedeutung der verletzten Vorschriften, nach dem Umfange der Verletzungen und den Umständen des Falles als wahrscheinlich anzunehmen ist, daß die bei dem Verfahren Betheiligten durch die Mängel Schaden erleiden.

Gedeckt erscheinen:

1) Mängel des dem Versteigerungstermine vorangegangenen Verfahrens, wenn sie vor Aussetzung der Liegenschaften zum Verkaufe (§ 10) von den Betheiligten nicht vorgebracht sind;

2) die Mängel des Verfahrens im Versteigerungstermine, wenn sie nicht in 14 Tagen durch Vorladung zum Friedensgerichte geltend gemacht werden.

Parteien sind im letzteren Falle, außer dem angreifenden Theile, der betreibende Gläubiger, der Schuldner und Drittbesitzer, der Ansteigerer und solche Betheiligte, welche freiwillig in den Streit eintreten.

§. 19. Parteien, welche außerhalb des Friedensgerichtsbezirks wohnen, haben in demselben Wohnsitz zu wählen, sofern dies nicht bereits geschehen ist (§§. 2, 7, 11).

Die Unterlassung der im gegenwärtigen Gesetz vorgeschriebenen Wahl eines Wohnsitzes hat zur Folge, daß dem dazu Verpflichteten alle das Verfahren und die entstandenen Streitigkeiten betreffenden Zustellungen auf der Gerichtsschreiberei des Friedensgerichts gemacht werden können.

§. 20 Das Versteigerungsprotokoll wird in vollstreckbarer Form ausgefertigt.

Die Ausfertigung ist dem Ansteigerer erst zu behändigen, nachdem er den Beweis der Zahlung des ihm zur Last fallenden Kostenbetrages und der Erfüllung

der etwaigen, auf die Ausfertigung bezüglichen Bedingungen geführt hat. Die dasfallsigen Beweisstücke werden der Urschrift als Anhang beigefügt und mit ihr ausgefertigt.

Eine vollständige Ausfertigung erhält der zu diesem Zwecke in den Bedingungen bezeichnete, sonst derjenige Ansteigerer, dem der größere Theil der Liegenschaften zugefallen ist.

Diesem Ansteigerer liegt die Erwirkung der Ueberschreibung des Versteigerungs-Protokolls in das Register des Hypothekenbewahrers ob.

Die übrigen Ansteigerer erhalten Auszüge.

§. 21. Sind Einsprüche nicht erfolgt oder die vorgebrachten endgültig zurückgewiesen, so ist der Ansteigerer zur Erfüllung seiner Verbindlichkeiten, der Schuldner oder Drittbesitzer zur Räumung verpflichtet.

Jedem Hypothekargläubiger und dem Schuldner, welcher den Zwangsverkauf erlitten hat, steht die Befugniß zu, den Ansteigerer zur gerichtlichen Hinterlegung des Steigpreises und Bewirkung der Ueberschreibung des Steigprotokolls anzuhalten (§. 20).

§. 22. Der Ansteigerer ist Rechtsnachfolger des Schuldners

Durch den Zwangsverkauf und dessen Ueberschreibung (§. 20) werden sämmtliche Hypotheken beseitigt.

Die Ansprüche der Gläubiger haften auf dem Steigpreise.

Die Gläubiger, auch diejenigen, denen gesetzliche, vor der Ueberschreibung nicht eingetragene Hypotheken zustehen, verlieren ihre Rechte auf den Preis, wenn sie deren Geltendmachung im Verfahren der Artikel 751 und folgende der B. P. C. unterlassen.

§. 23. Seitens der Verkäufer des Schuldners oder früherer Verkäufer können Auflösungsklagen (Artikel 1654 des B. G. B.) nach dem Zuschlage zum Nachtheile des Ansteigerers nicht angestellt werden.

§. 24. Der Schuldner und Drittbesitzer sind nach Zustellung der Zwangsverkaufs-Verordnung, die als Beschlagnahme zu gelten hat (§. 7), Verwalter der Liegenschaften im Interesse der Gläubiger.

Sie können wegen vorgenommener Verschlechterungen und Beschädigungen nach §. 266 des Strafgesetzbuchs verfolgt werden.

Auf Ansuchen von Betheiligten überträgt geeigneten Falls der Friedensrichter einem Dritten die Verwaltung.

§. 25. Vom Zeitpunkte der im §. 7 erwähnten Zustellung ab werden Früchte-, Mieth und Pachtgelder einer in Beschlag genommenen Liegenschaft, sofern sie von dem mit der Verwaltung betrauten Dritten oder einem zu ernennenden Erheber bezogen oder mit Beschlag belegt sind, hinsichtlich der Rechte der Gläubiger dem Steigpreise gleich geachtet.

Die Ernennung des Erhebers erfolgt auf desfallsiges Ansuchen durch den Friedensrichter.

Zur Erhaltung der Wirksamkeit des Beschlages, der auf Grund der Bestellungs-Urkunde des Verwalters oder Erhebers bewirkt wird, bedarf es einer Klage nicht.

Auf Streitigkeiten über die Bestellung des Verwalters oder Erhebers findet der §. 16 Anwendung.

§. 26. Jede nach Zustellung und Ueberschreibung der Verkaufsverordnung (§. 7) vom Schuldner oder Drittbesitzer vorgenommene Veräußerung ist im Interesse des

betreibenden Gläubigers und der bis dahin eingetragenen Hypothekargläubiger von Rechtswegen nichtig.

Der Erwerber kann die Nichtigkeit beseitigen, wenn er nach Hinterlegung einer zu vollständiger Befriedigung der gedachten Gläubiger genügenden Summe bei dem Friedensgerichte unter Ueberreichung der erforderlichen Beweisstücke vor Ausstellung der Liegenschaften zum Verkaufe (§. 10) der Versteigerung entgegen tritt (§. 16).

§. 27. Wird nach Einreichung eines Zwangsverkaufsgesuchs (§ 4) von einem zweiten Gläubiger die Vollstreckung in die nämlichen Liegenschaften beantragt, so hat der erste Gläubiger das Verfahren zu betreiben und durchzuführen.

Der zweite ist, auf Grund seines für zulässig erklärten Gesuchs, berechtigt, in eder Lage der Sache in die Stelle des betreibenden Gläubigers einzutreten, wenn letzterer das Verfahren verzögert oder aufgiebt.

Streitigkeiten hierüber erledigt der Friedensrichter endgültig.

§. 28. Der Friedensgerichtsschreiber hat, sofern der betreibende Gläubiger nicht anderweitige Anordnung trifft, die zur Ergänzung eines Zwangsverkaufsgesuchs etwa erforderten Nachweise und Aufschlüsse (§. 5), die Zustellung und Ueberschreibung der Verkaufsverordnung (§. 7), und die Bekanntmachungen der Versteigerung nach den Vorschriften 1 und 2 und dem Schlußsatze des §. 8 zu besorgen.

Auf Verlangen des betreibenden Gläubigers erwirkt der Friedensgerichtsschreiber die Ueberschreibung des Steigprotokolls (§§. 20 und 21).

Er bezieht für seine Thätigkeit eine vom Friedensrichter festzusetzende und demnächst dem betreibenden Gläubiger in der Kosten-Rechnung zuzubilligende Gebühr von 30 bis 100 Franken.

§. 29. Der Reichskanzler trifft die Bestimmungen über die dem Friedensrichter und Gerichtsschreiber zukommenden Reisekosten.

§. 30. Die im §. 8 erwähnten Bescheinigungen der Postbehörde und Druck-Exemplare der Verkaufs-Verordnung unterliegen der Einregistrirung und dem Stempel nicht.

§. 31. Der Gläubiger hat einen zur Deckung der Kosten ausreichenden Vorschuß auf der Gerichtsschreiberei zu hinterlegen.

§. 32. Das gegenwärtige Gesetz tritt mit dem — — 1872 in Kraft.

Aufgehoben sind von diesem Tage an die Titel XII und XIII des fünften Buches ersten Theiles der B. P. O.

Ihre Bestimmungen bleiben jedoch in Kraft, soweit sie im Titel IV des ersten Buchs, zweiten Theils und den Titeln VI, VII, VIII, IX und X des zweiten Buchs, zweiten Theils der B. P. O. bezogen sind. (Artikel 832 und folgende, 953 bis 1002 der B. P. O.)

Der Artikel 2210 des B. G. B. wird aufgehoben.

Am obigen Tage schon eingeleitete Zwangsvollstreckungen in Liegenschaften sind, wenn die in den Artikeln 691 und 692 der B. P. O. vorgesehenen Aufforderungen bereits erfolgt waren, in dem Verfahren der gedachten Titel XII und XIII durchzuführen.

Motive.

Die wesentlichsten Uebel der saisie immobilière des Code de procédure beruhen in der Häufung kostspieliger Formen und dem Umstande, daß das Verfahren bei den Landgerichten stattfindet. Von letzteren löset es nach dem Vorgange der rhein-preußischen Subhastationsordnung von 1822, der Entwurf los, indem er es in die Hände

des Friedensrichters legt. Die bayerische Civil-Prozeßordnung will die Versteigerung durch vom Vollstreckungsgerichte beauftragte Notare vorgenommen wissen, die vermöge ihrer Mitwirkung zwar nicht dem Zwangsverkaufe die Vortheile freiwilliger Versteigerung zuwenden, jedoch durch Routine in solchen Geschäften günstig wirken können. Indeß ist der letztere Gewinn überwogen durch den Nachtheil der Unmöglichkeit, den Notar mit dem Maße von Entscheidungsgewalt bei Streitigkeiten auszustatten, welches dem Friedensrichter übertragen werden darf. Zudem könnte mit Rücksicht auf den Zustand des Notariats im Reichslande der Weg des bayerischen Gesetzes sich nicht empfehlen. Auch fällt nach dem Entwurfe der deutschen bürgerlichen Prozeßordnung der Zwangsverkauf von Liegenschaften dem Einzelrichter zu.

Dem rhein-preußischen Gesetze gegenüber weiset der Entwurf in folgenden Beziehungen wesentliche Abänderungen auf:

1) Der Zwangsverkaufsverordnung (§. 6) soll eine kontradiktorische Verhandlung zwischen dem betreibenden Gläubiger, Schuldner und Drittbesitzer vorausgehen, um in limite litis möglichst die Schwierigkeiten auszuräumen (§. 5).

Der bestehenden Civilgesetzgebung mangelt volle, urkundliche Oeffentlichkeit des Immobiliareigenthums, die nur durch ein — gewichtigen Bedenken unterliegendes — eigentliches Grundbuch hergestellt werden könnte. Daher ist die Ermittelung sämmtlicher Vorbesitzer des Schuldners und folgeweise der gegen sie eingetragenen Pfänder manchmal schwer, mitunter unthunlich; möglicher Weise bleiben also Inhaber solcher Hypotheken im Verfahren unbeachtet. Für die Wirkung des Zwangsverkaufs besteht dann folgende Alternative: er berührt die nicht berufenen Gläubiger nicht, oder beseitigt auch ihre Hypotheken. Der Entwurf hält — im Anschluß an das gegenwärtige, nach vielfältigem Schwanken gewonnene Recht (Art. 717 und 692 des Code de procédure) — die letztere Einrichtung für das geringere Uebel, für das größere Entwährungen seitens eines übergegangenen Pfandgläubigers, welche das Ansehen des Richters schwächen und im äußersten Maße störend zurückwirken. Durch die obenerwähnte kontradiktorische Verhandlung soll, von andern Punkten abgesehen, der Uebergehung von Gläubigern der Vorbesitzer möglichst vorgebeugt werden; gelingt dies in einzelnen Fällen nicht, so liegt in dem Vollstreckungsverfahren selbst, vermöge seiner Oeffentlichkeit und Dauer, für der übergegangenen Gläubiger, dem einige Aufmerksamkeit bei vorkommenden Wechseln im Besitz und Eigenthum der Liegenschaften zugemuthet werden darf, die genügende Aufforderung, sich zu melden, was ihm, wie den Gläubigern mit gesetzlichen, nicht eingetragenen Hypotheken, bis zur gerichtlichen Vertheilung des Steigpreises freisteht (§. 22).

Ein der Willkür des betreibenden Gläubigers hinsichtlich der Höhe überlassenes Angebot läuft auf Schein hinaus und bewirkt nicht selten Verschleuderung der Güter. Der Entwurf will eine angemessene Taxe, die es möglich macht, das mit eigenthümlichen Nachtheilen verbundene Institut des Uebergebots nach der Versteigerung auszuschließen.

2) Die Güter sind in der Regel in der Gemeinde, wo sie liegen, zum Verkauf zu bringen.

3) Für Behandlung der während des Verfahrens auftauchenden, bald Formen, bald materielle Rechte, bald — in mitunter schwer trennbarer Vereinigung — das Eine und Andere betreffenden Streitigkeiten, sind zwei Wege gedenkbar: prinzipielle Zuständigkeitsregeln und das Verhältniß der Friedensgerichte zu den Landgerichten weisen den letzteren die Entscheidung im gewöhnlichen Instanzenzug zu; ein dringendes praktisches Bedürfniß räth von solcher Spaltung der Prozedur ab und empfiehlt die

Entscheidungsgewalt des mit dem Zwangsverkaufe befaßten Richters. Auch hier stoßen sich zwei Rücksichten. Der Entwurf schlägt einen Mittelweg ein; der Friedensrichter soll, mit Vorbehalt der Rekursklage zum Landgericht, die Entscheidung treffen, doch beschränken letztere sich stets auf die Gültigkeit oder Ungültigkeit des konkreten Zwangsverkaufsverfahrens, machen also nicht res judicata über diesen Rahmen hinaus, daher z. B. der die Gültigkeit der Hypothek bestreitende Drittbesitzer, der Schuldner, welcher das Erlöschen der Forderung behauptet, der mit Eigenthumsansprüchen aufgetretene Vindikant in Folge gegen sie ausfallender Entscheidungen des Friedensrichters, wenn dieselben endgültig werden, zwar den Ansteigerer nicht mehr entwähren könnten, ihre materiellen Rechte auf den Preis jedoch nicht verlieren würden. Der zu hoffende Vortheil besteht darin, daß ohne Mißachtung jener erwähnten Prinzipien über Zuständigkeit und Gerichtsverfassung eine Menge von Streitigkeiten, die nach dem rheinpreußischen Gesetze unter großen Kosten und Uebelständen den Landgerichten zuströmen, vom Friedensrichter befriedigend und der Art erledigt werden, daß sie nicht mehr auftauchen, wenigstens den vollendeten Zwangsverkauf nicht gefährden (§. 16). Daß die res judicata von Erkenntnissen, welche auf landgerichtliche Rekursklagen ergehen, jener positiven Beschränkung nicht unterliegt, für welche bei ihnen das bestimmende Motiv fehlen würde, liegt in der Natur der Sache und ist nur zur Verhütung von Mißdeutung gesagt.

4) Bloße Formverletzung bewirkt die Nichtigkeit nicht (§. 18); letztere ist bedingt durch konkurrirende Schädigung eines wahrscheinlich gemachten materiellen Interesses. Die rheinische Jurisprudenz hat gegen den Formalismus in dieser Materie stets angekämpft und die Freiheit, welche der §. 18 gestattet, ist bei dem Bildungsgrade des Richterpersonals ungefährlich.

5) Schon das Transskriptionsgesetz vom 23. März 1855 beschränkt die Auflösungsklage des Verkäufers. Sie verdient so wenig Gunst, daß sie weiterer Einschränkung, ohne die Künstlichkeiten der betreffenden Art. des Code de procédure, unterliegen kann (§. 23).

6) Die im §. 28 dem Friedensgerichtschreiber zugewiesene Betreibung des Verfahrens wird nicht selten die Verwendung von andern oft weniger geeigneten Mandataren ersparen und die Vortheile gewähren, welche bei notariellen Versteigerungen für die Betheiligten aus der Thätigkeit des Notars erwachsen.

Von der folle enchère — der Resubhastation des rhein-preußischen Gesetzes — einem Institute, welches mit seiner, rückwirkende Kraft äußernden Auflösung des Zuschlags die Wiederversteigerung verbindet, und vielfachen Bedenken unterliegt, konnte, bei den Einrichtungen des Zwangsverkaufsverfahrens im Entwurf, abgesehen werden.

Wenn wir nunmehr an eine Besprechung des vorliegenden Gesetzentwurfs gehen, so kann es nicht unsere Aufgabe sein, eine erschöpfende Kritik desselben geben zu wollen und uns in französisch-rechtliche Spezialitäten zu verlieren, welche das Interesse für generelle Gesichtspunkte abstumpfen. Es wird ferner keiner Rechtfertigung bedürfen, wenn wir, mit Rücksicht auf den großen Leserkreis dieser Zeitschrift in den alt-

preußischen Provinzen, die Subhastations-Ordnung v. 15. März 1869 zuweilen in Vergleichung ziehen: eine Vergleichung, welche in der That interessant genug ist und von §. zu §. jeden denkenden Juristen in der Ueberzeugung befestigen wird, daß nur unwesentliche Verschiedenheiten in beiden Subhastations-Ordnungen obwalten. Wir betrachten:

I. Die Opportunität des Gesetzentwurfs im Allgemeinen.

Der Code de proc. und das franz. Ges. v. 2. Juni 1841 verweisen die Subhastationen vor die Landgerichte. Also nachdem alle Förmlichkeiten der Beschlagnahme (saisie) erfüllt sind und dieselbe im Grundbuch transcribirt ist,*) deponirt der Extrahent (poursuivant) auf dem Sekretariat des Landgerichts (greffe) das Lastenheft (cahier des charges) contenant 1) l'énonciation du titre exécutoire en vertu duquel la saisie a été faite, du commendement, du procès-verbal de saisie, 2) la désignation des immeubles, 3) les conditions de la vente, 4) une mise à prix (Angebot) de la part du poursuivant. Zugleich läßt der Extrahent den Subhastaten (saisi) und alle inscribirten Gläubiger in eine Audienz des Landgerichts laden, wo aber (sofern nicht etwa Streitpunkte zu erledigen sind) weiter nichts geschieht, als daß das sog. Lastenheft offen gelegt und Termin zur Licitation bestimmt wird. Dieser Termin wird Seitens des avoué poursuivant vorgeschlagen — denn vor dem Landgericht besteht Anwaltszwang —, wird ferner von dem avoué publizirt, und geht folgendermaßen vor sich: Vor dem Sitzungstisch stellt der Gerichtsvollzieher (huissier) eine runde Tafel auf, die mit hunderten Lichterchen von der Dicke eines Zwirnfadens bespickt ist; ein solches Lichtchen brennt eine Minute; bei jedem Gebot zündet der huissier vermittelst eines Wachsstockes eines der kleinen Lichterchen an; wenn drei hintereinander bei einem Gebot erloschen sind, so erfolgt an den betreffenden Bieter der Zuschlag. Und dabei sitzt der Gerichtshof von 3 oder 5 Richtern in den feierlichen Roben und sieht zu, wie alle die kleinen netten Lichterchen nach einander erlöschen! Bieten darf aber nicht jeder Mensch, sondern nur die bei dem Landgericht fungirenden avoués – eine Ausdehnung des Anwaltzwanges, welche sich nur dadurch erklären läßt, daß man den Anwälten eine bequeme Einnahme hat zu-

*) Es ist dies der Subhastations-Vermerk des §. 10 Subh.-O. v. 15. März 69. — Eigenthum und Realrechte werden transscribirt, Hypotheken werden inscribirt. Das franz. Transscr.-Ges. v. 23. März 55 hat (ähnlich dem neuen preußischen Auflassungs-Gesetz) einen Transscriptions-Zwang eingeführt, indem der Erwerbstitel erst durch die Transscription gegen Dritte (Realberechtigte und Hypothekengläubiger) wirksam wird.

wenden und zahlungsunfähige Bieter hat abhalten wollen. Der meistbietende Anwalt muß binnen 3 Tagen auf der greffe seinen Mandanten benennen, widrigenfalls der Anwalt selbst haftet. — Bis so weit ist jedoch erst der erste Akt des Dramas überstanden. Denn binnen acht Tagen kann man (durch einen avoué) noch ein Uebergebot (Surenchère) von einem Sechstel des Steigpreises machen — ein dem französischen Verfahren eigenthümliches Institut, welches dazu dienen soll, den Steigpreis möglichst in die Höhe zu treiben. Ohne Surenchère geht es bei den Subhastationen fast niemals ab. Dieselbe muß gehörig denunzirt werden und ist das geschehen, so geht in einer neu anzuberaumenden Audienz des Landgerichts das Bieten unter Verbrennung der Lichterchen wieder weiter.

Daß ein so geartetes Verfahren reformbedürftig ist, bedarf keiner Ausführung. Freilich hat sich der neue Gesetzentwurf (ebenso wie die rhein-preußische Subh.-O. v. 1. August 1822 Ges.-S. S. 195) von den Lichterchen nicht trennen können, aber man will dieselben wenigstens nicht mehr vor den Kaiserlichen Landgerichten brennen lassen. Abgeschafft wird ferner der Anwaltszwang beim Bieten. Abgeschafft wird das leidige Surenchère-Unwesen. Abgeschafft werden eine Menge Formalitäten des französischen Verfahrens. Daß man das Wohnsitz-Wählen beibehalten hat (cf. §§. 2, 7, 11, 19 des Entwurfs), hängt mit dem Zustellungs-Verfahren durch Gerichtsvollzieher zusammen, wird sich aber vielleicht mit Einführung des deutschen Civilprozesses ändern, wie man ja auch in §. 8 des Entwurfs die Zustellung durch die Post für ausreichend gehalten hat.

II. Betreffend die Redaktion des Gesetzentwurfs,

so muß dieselbe als eine sehr klare und präzise anerkannt werden. Die altpreußische Subh.-O. v. 15. März 69 zählt (abgesehen vom Kaufgelderbelegungsverfahren) 59 §§., die rhein-preußische v. 1. August 22 zählt 42 §§., der vorliegende Gesetzentwurf nur 32 §§. Das ist genug für eine so einfache Materie. Selbstverständlich fehlt das Kaufgelderbelegungs- (Ordre-) Verfahren (§§. 60—91 Subh.-O. v. 15. März 69), welches in eine Subhastations-Ordnung überhaupt gar nicht gehört, wie wir Eingangs gezeigt haben. Dagegen erscheinen die Sequestrations-Bestimmungen (§§. 24, 25) sehr sachgemäß und praktisch und gewähren für alle Fälle freien Spielraum.

III. Rascher Gang des Verfahrens und Sicherheit der Resultate,

diese beiden Haupt-Erfordernisse eines guten Subhastations-Verfahrens erscheinen im vorliegenden Falle glücklich gepaart.

In ersterer Beziehung sind wir aber damit einverstanden, daß der Einleitung der Subhastation ein vierwöchentliches Zahlungsmandat vorhergehen soll (§. 2). Die Subh.-O. v. 15. März 69 glaubte ein solches entbehren zu können und hat es abgeschafft, im Widerspruch mit der früheren Gesetzgebung, mit dem preuß. Entwurf von 1864, mit dem bayerschen und französischen Verfahren. Dies hat zur Folge, daß eine Menge Verfahren eingeleitet werden, welche, vor der Beendigung zurückgenommen, gar nicht zur Einleitung gekommen wären, wenn dem Schuldner noch einige Zeit gelassen wäre. Der Schuldner darf nicht überstürzt werden, man muß ihm Zeit gönnen, sich durch Befriedigung des Extrahenten im Besitz des Grundstücks zu erhalten. Denn die Natur der Spezialhypothek widerstrebt einer schnellen Rückzahlung des Kapitals auf's äußerste. Der Grundbesitzer kann gekündigte Kapitalien nicht aus dem Ertrage des Grundstücks, sondern nur durch anderweitig durch hohe Provision oder Damno beschaffte Kapitalien befriedigen und bedarf zu dieser Beschaffung Zeit. Das Interesse des Gläubigers wird durch Fristbewilligung nicht verletzt; denn wer in der Lage sein will, jeden Augenblick über sein Kapital verfügen zu können, muß dasselbe gar nicht auf Spezial-Hypothek ausleihen. Ist der Zahlbefehl aber fruchtlos gewesen und die Subhastation einmal eingeleitet, so haben wir nichts gegen die kurzen Fristen des §. 8 (14 Tage bis 6 Wochen), welche noch kürzer sind, als die Fristen der Subh.-O. v. 15. März 69 (6 Wochen bis 3 Monate). Nur möchten wir eine ausnahmsweise Verlängerung bis zu 6 Monaten befürworten.

Eine unzweckmäßige Verschleppung scheint uns aber durch den kontradiktorischen Einleitungstermin (§. 5) bewirkt zu werden. Wozu eine kontradiktorische Verhandlung, wo noch gar kein Streit ist? Unter welchem Präjudiz werden Schuldner, Gläubiger und Drittbesitzer (falls ein solcher überhaupt existirt) vorgeladen? Der Gesetzentwurf enthält eines. Wozu also die Leute unnütz vorladen? Die arbiträre Festellung der Taxe ist in der That etwas ganz Ueberflüssiges. In Preußen ist das Taxverfahren unter einstimmigem Beifall aller Betheiligten durch die Subh.-O. v. 15. März 69 beseitigt worden. Denn wer ein Grundstück kaufen will, sieht sich nicht die Taxe, sondern das Grundstück selbst und die Auszüge aus der Steuerrolle an. Es ist also eine Illusion, die Verschleuderung von Gütern durch eine Taxe verhindern zu wollen. Uns erscheint es vielmehr, mit Rücksicht darauf, daß der Extrahent den Verkauf betreibt, ganz zweckmäßig und logisch, daß er auch ein erstes Angebot macht, wie die Subh.-O. v. 1. August 22 vorschreibt.

IV. Was die Sicherheit der Resultate betrifft, so war dies bekanntlich ein schwacher Punkt des Code de proc. und der Subh.-O. v. 1. August 1822. Denn das Prinzip des Art. 1654 Code civil: Si l'acheteur ne paye pas le prix, le vendeur peut demander la résolution de la vente gab einem früheren Eigenthümer, welcher noch rückständiges Kaufgeld gegen den Subhastaten zu fordern hatte, die Resiliationsklage auch gegen den Adjudikatar (als Rechtsnachfolger des Subhastaten) also das Recht, die Adjudikation wieder aufzulösen und den Adjudikatar wieder aus seinem Besitz zu setzen. Ferner konnten nach der Adjudikation noch Hypotheken, besonders Legalhypotheken der Ehefrau und Minorennen, zum Vorschein kommen, welche, gegen das Pfandgrundstück geltend gemacht, im günstigsten Fall den Adjudikatar in große Ungelegenheiten verwickelten, um seinen bereits an andere Hypothekengläubiger gezahlten Steigpreis wieder zu erlangen. Die Uebelstände dieses Zustandes der Gesetzgebung waren so groß, daß man sich in Frankreich endlich entschloß, mit jeder Adjudikation ipso jure eine Präklusion der Realprätendenten und der Hypothekengläubiger eintreten zu lassen. Deshalb bestimmt das franz. Ges. v. 2. Juni 1841 an Stelle des Art. 717 Code de proc.:

> L'adjudicataire ne pourra être troublé dans sa propriété par aucune demande en résolution fondée sur le défaut de paiement du prix des anciennes aliénations ..... Le jugement d'adjudication dûment transcrit purge (beseitigt) toutes les hypothèques, et les créanciers n'ont plus d'action que sur le prix ...

Diese Bestimmungen sind nothwendig. Denn wer bei Gericht kauft, muß seines Besitzes sicher sein können. Auch die Subh.-O. v. 15. März 69 (§. 13 Nr. 7 und §. 43) präkludirt alle unbekannten Realprätendenten, und beseitigt sämmtliche Hypotheken. Seitdem sind zwar Stimmen laut geworden, welche im Interesse der Grundbesitzer verlangten, daß die vor dem Extrahenten stehenden Hypotheken durch die Subhastation nicht berührt werden sollten. Aber ich habe meine juristischen und nationalökonomischen Bedenken gegen eine solche Neuerung schon Bd. 4 S. 498 sqq. dieser Zeitschrift dargelegt; und fast sämmtliche preußische Gerichte haben sich dagegen erklärt.

Der vorliegende Entwurf beläßt es bei den bestehenden Rechtsregeln und streicht durch §. 23 auch noch die Ausnahmen des franz. R.

Der Entwurf sichert außerdem das Resultat der Subhastation gegen etwaige Angriffe. Nach §§. 16—18 entscheidet der Subhastationsrichter über Kaufbedingungen endgültig, gegen seine übrigen Entscheidungen muß binnen 14 Tagen appellirt oder Beschwerde erhoben

werden,*) die Mängel des der Licitation vorangegangenen Verfahrens können später nicht mehr gerügt werden, die Mängel der Licitation selbst nur binnen 14 Tagen, die Nichtigkeitsgründe sind beschränkt auf den Fall materieller Schadenszufügung und sind damit der Souveränität des Gerichts anheimgegeben.

Der Zweck dieser Bestimmungen ist klar. Es sollen die großen Unzuträglichkeiten, welche aus einer Hemmung des Verfahrens oder gar aus einer Aufhebung der Adjudikation entstehen würden, abgeschnitten werden. Die Subh.=O. v. 15. März 69 geht sogar noch weiter, indem nach §§. 41 und 50 bei Anfechtung der Adjudikation

> „der erkennende Richter Anträge, Thatsachen und Beweismittel, welche aus dem Versteigerungsprotokolle nicht erhellen, nicht berücksichtigen darf"

und

> „der Appell nicht auf einen Grund gestützt werden kann, welchen der Appellant im Versteigerungstermin geltend zu machen im Stande war, jedoch nicht geltend gemacht hat."

Wir halten jedoch die Vorschriften des Entwurfs für ausreichend, und freuen uns im Uebrigen besonders über die Beschränkung der Anfechtungsgründe auf den Fall materieller Schadenszufügung. Die Subh.=O. v. 15. März 69 zählt zwölf Nichtigkeiten auf, und wir haben schon damals gefragt: Warum gerade zwölf? Und wenn blos zwölf, warum denn 59 §§.? Warum so viele unwesentliche Prozeßvorschriften?

V. Der Subhastations-Richter.

Der Entwurf verweist die Subhastationen von den Landgerichten an die Friedensrichter, und bekleidet dieselben nicht nur mit administrativen, sondern auch mit bedeutenden richterlichen Vollmachten — ähnlich dem Subhastationsrichter der Subh.=O. v. 15. März 69.

In administrativer Hinsicht verfügt der Friedensrichter über die Einleitung des Verfahrens und bestimmt die Taxe (§. 5), überwacht die Zustellung und Bekanntmachung des Subhastations-Patents und die Eintragung des Subhastations=Vermerks (§. 7, 8 und 28), bestimmt die Kautionspflicht der Bieter und des Meistbietenden (§. 12), regelt die Kaufbedingungen (§. 16) und regelt die Sequestration (§§. 24, 25).

---

*) Nach §. 17 ist es unklar, ob die 14tägige Frist auch für Beschwerden gilt. Ferner ist die Klage zum Landgericht (§. 16 Abs. 2) ihrer Natur nach ein Appell und man sollte konsequent diesen Namen nicht scheuen und gegen das Urtel des Landgerichts nur Kassationsrekurs zulassen.

Alle diese Bestimmungen sind an sich recht zweckmäßig. Aber wir erlauben uns doch die Frage, ob der Friedensrichter die geeignete administrative Persönlichkeit ist? Die naturgemäßen Licitanten sind die Notare. Sie sind in Elsaß-Lothringen wie in allen französisch-rechtlichen Gebieten die Kapitalsvermittler für den ländlichen und städtischen Grundbesitz, indem sie Kapitalien hypothekarisch unterbringen. Sie wissen am Besten, wann die Bauern Geld haben, zu welchem Zeitpunkt also der höchste Steigpreis zu erzielen ist; sie kennen am Besten die Zahlungsfähigkeit der Bieter; und können endlich am Besten die Geschäfte erledigen, welche der Entwurf den Friedensgerichtsschreibern (§. 28) zuzutheilen sich gezwungen sieht, obwohl die Motive nicht verkennen, daß diese Privatthätigkeit der Stellung eines unmittelbaren Staatsbeamten nicht entspricht. Die Uebertragung der Licitationen an die Notare (welche in jedem Falle durch das Landgericht ernannt werden) hat zuerst in der bayerschen Pfalz stattgefunden (Art. 9 Subh.-O. v. 23. Mai 46) und hat sich dort so ausgezeichnet bewährt, daß diese Einrichtung in die bayersche Civilprozeßordnung v. 29. April 69 Art. 1052 aufgenommen ist. Selbstverständlich kann man dem Notar keine Jurisdiktion übertragen - gegen sein Licitationsprotokoll ist der Rechtsweg mit kurzer Frist zulässig und erst nach deren Ablauf ist dasselbe vollstreckbar Art. 1073 sqq. a. a. O. — aber die oben aufgeführten administrativen Punkte kann man unbedenklich den Notaren anvertrauen, welche in deren Anwendung viel gewandter sein werden als ein Friedensrichter, welcher jährlich zwei bis drei Licitationen hat.

Die Trennung von Administration und Justiz wird auch auf diesem Gebiet sich bewähren. Es ist ein Unding, daß (nach dem Entwurf) der Friedensrichter über die Legalität seines eigenen Verfahrens erkennen, also Richter in eigener Sache sein soll. Noch weniger aber können wir uns damit befreunden, daß der Friedensrichter über streitige materielle Rechte in erster Instanz erkennen soll. Die Rechtsprechung über Immobilien und Realrechte, sowie über Inzident-Streitigkeiten ist doch unzweifelhaft, wenn irgend etwas, Sache der Kollegialgerichte — ein Grundsatz des Code de proc., welcher wegen des angeblichen „Zuströmens von Streitigkeiten an die Landgerichte“ oder wegen des augenblicklichen „Zustandes des Notariats im Reichslande“ nicht durchlöchert werden darf.

Uebrigens kommt es nach unsern Erfahrungen bei Subhastationen so selten zu formalen oder materiellen Rechtsstreitigkeiten, daß von einer Ueberfluthung der Landgerichte gar keine Rede sein kann.

VI. Zum Schluß nur noch einige spezielle Bemerkungen.

Nach §. 20 des Entwurfs wird das Versteigerungsprotokoll in vollstreckbarer Form ausgefertigt. Dasselbe vertritt also die Stelle einer Adjudikatoria (§. 33 Subh.-O. v. 1. August 22). Dies ist die Konsequenz des administrativen Theiles des Verfahrens, da sich alle Essentialien des zwischen Subhastaten und Adjudikatar zu Stande gebrachten Kaufvertrages aus dem Protokoll ergeben. Die Subh.-O. v. 15. März 69 spricht fälschlich von einem Zuschlags-Urtheil, wo gar kein Streit abzuurtheilen gewesen ist; ein Urtheil ist seinem Begriff nach immer das Produkt richterlicher Thätigkeit.

Nach §. 13 des Entwurfs kann der Meistbietende binnen drei Tagen einen Andern als seinen Auftraggeber benennen und haftet dann selbst als Solidarbürge. Dies ist eine recht zweckmäßige und dem Bedürfniß entsprechende Bestimmung gegenüber dem §. 42 Subh.-O. v. 15. März 69, wonach eine Cession des Meistgebots unzuläſſig ist.

Daß der Extrahent im Licitationstermin erscheinen muß (§. 9 des Entwurfs), sollte auch in der Subh.-O. v. 15. März 69 vorgeschrieben sein.

Ueber die Resubhastation (folle enchère) bedarf es keiner speziellen Vorschriften, da sie als neue Versteigerung auf Grund des vollstreckbaren Versteigerungsprotokolls angesehen wird (§. 21 des Entwurfs). Es antiquiren durch diese Vorschrift eine Menge juristischer Streitfragen, z. B. ob bei der folle enchère auch eine surenchère statthaft ist 2c., zum großen Glück für die betheiligten Parteien.

Nach alledem resümiren wir uns dahin: Der vorliegende Gesetzentwurf ist zwar nicht unannehmbar, und bildet gegenüber dem in Elsaß-Lothringen bisher bestehenden Subhastations-Verfahren einen entschiedenen Fortschritt. Aber wir haben gegen einzelne Bestimmungen, insbesondere die §§. 5, 16—18, 28, also bezüglich der Kompetenz und Thätigkeit der Friedensgerichte, schwere Bedenken und können nur schließen mit dem ceterum censeo, womit wir angefangen haben: daß die Subhastation ein Theil des deutschen Civilprozesses werden muß. So lange kann Elsaß-Lothringen auch warten.

XII.

Die Vorbildung der bayerischen Rechtskandidaten zum Richterdienste.

Von Herrn Bezirksger.-Assessor Alb. Bierling in Bamberg.

Seit Einführung des neuen Prozesses vom 29. April 1869 sind die Aussichten der jungen bayerischen Juristen recht schlecht geworden. Durch die mehrfache Entlastung der Obergerichte ist ein geringeres Arbeitspensum derselben erzielt worden, was bewirkte, daß sowohl beim Ober-Appellationsgerichte als bei mehreren Appellationsgerichten Reduktionen am Richterpersonale vorgenommen wurden. Für die gegenwärtige Finanzperiode soll eine Gehaltsaufbesserung des gesammten Beamten- und damit auch des Richterpersonals ermöglicht werden. Dafür aber müssen sich sämmtliche Behörden gefallen lassen, daß ihr formationsmäßiges Personal mehr oder minder zugestutzt wird, und so ist eine weitere Reduktion des obersten Gerichtshofes um 8 Räthe und die Vereinigung zweier Appellationsgerichte mit zwei anderen Appell.-gerichten in Aussicht genommen. Hierdurch sowohl als durch die nach Einführung des deutschen Prozesses wahrscheinlich noch weiter mögliche Richterverminderung sind die Aussichten der Justizdienstaspiranten so traurig geworden, daß der Staatsminister der Justiz in der Kammer der Abgeordneten öffentlich erklärte, er müsse zu seinem großen Bedauern konstatiren, daß die Hoffnungen der jungen Juristen auf lange Zeit hinaus geradezu vernichtet seien. Welches Gefühl sich unserer geprüften Rechtskandidaten in Folge dessen bemächtigt hat, mag Jedem klar sein, der selbst einmal auf Anstellung hoffte. Es ist das Gefühl einer verkehrten Berufswahl. Verbittert dies schon die Lust zum Arbeiten, so ist andererseits die Arbeit selbst seit Einführung des neuen Prozesses (1. Juli 1870) eine so geringfügige, inhaltslose geworden, daß man wirklich für eine genügende Vorbildung der jungen Leute zum Richterdienste fürchten möchte.

Fragen wir: womit beschäftigt sich ein junger Mann, der nach seinem letzten Examen noch 10—12 Jahre ohne jeden Bezug zu warten hat und zum Kollegialrichterdienst aspirirt? Er praktizirt bei einem Kollegium. Ei, wird man weiter fragen, warum macht der junge Mann nicht einige Jahre einen Advokaten? Die Antwort ist sehr einfach: weil die Advokatur in Bayern nicht frei ist. Wäre sie wenigstens soweit frei wie in Hannover, so würde freilich eine große Zahl junger strebsamer Juristen diesen für die juristische Bildung im mündlichen Verfahren nicht hoch genug zu schätzenden Weg betreten. Während namentlich in Hannover nur die Anwaltschaft (Vertretungsbefugniß vor den Obergerichten) beschränkt und von der königlichen Anstellung abhängig, dagegen die Advokatur für die vollständig absolvirten Juristen frei ist, ist in Bayern die Advokatur mit Inbegriff der Anwaltschaft von der königl. Anstellung abhängig. Vor den Handels- und Einzelgerichten (im sog. Parteiprozesse) kann zwar Jedermann, der gerichtsstandsfähig ist, als Bevollmächtigter oder Beistand auftreten, also auch der Rechtskandidat, allein er hat dabei keine selbstständige Standesstellung, er kann sich diese Thätigkeit nicht zum Berufe machen. Die Prozeßordnung schien diesem nicht entgegen zu sein, sie bestimmte nämlich in Art. 82 ausdrücklich, daß die Gebühren der als Bevollmächtigte oder Beistände zu den Handels- oder Einzelgerichten beigezogenen Rechtspraktikanten durch kgl Verordnung festgesetzt werden, auch erschien zur Advokatengebührenordnung ein Anhang, der die Gebühren der Rechtspraktikanten regelt. So viel ich hörte, haben sich auch an einigen Orten junge Juristen als „Parteivertreter“ niedergelassen. Allein in jüngster Zeit erschien eine Ministerialanordnung, welche das Auftreten als Parteivertreter oder Beistand in jedem einzelnen Falle von der Genehmigung des Vorstandes des Gerichts, bei welchem der Praktikant eingeschrieben ist, abhängig macht. Die berufsmäßige Thätigkeit ist somit beseitigt. — Es bleibt dem jungen Juristen, der die Advokatenpraxis durchmachen will, nichts Anderes übrig, als bei einem Advokaten eine Stelle als Hülfsarbeiter (Konzipient) zu suchen. Durch den mündlichen Prozeß ist aber die Hauptthätigkeit des Advokaten aus seiner Schreibstube hinweg in den Sitzungssaal des Gerichts verlegt und darum sein schriftliches Pensum ein weit geringeres als früher. Aus diesem Grunde ist die Nachfrage nach Konzipienten viel geringer als vorher, und es gelingt nur schwer, einen passenden Platz als solcher zu finden. Aehnlich ist es beim Notariate, bei welchem ebenfalls nicht Viele Unterkunft finden.

Die jungen Leute sind daher, soweit sie nicht bei Advokaten oder Notaren Beschäftigung finden, auf die Gerichtspraxis angewiesen. Im Kriminale ist dieselbe nun jedenfalls instruktiver als im Civile. Denn einmal werden die jungen Juristen öfters als Vertheidiger gewählt oder aufgestellt, dann aber wird ihnen das Anfertigen des Beschlusses auf die Voruntersuchung und die Führung des Sitzungsprotokolls überlassen. Letzteres setzt eine genaue Kenntniß des Verfahrens und, soweit es sich um Beurkundung der Aussagen von bereits vernommenen Zeugen oder Sachverständigen handelt, eine möglichst genaue Kenntniß der Akten voraus. Sie werden auch weiter mit der Beurkundung der Rechtsmittel und der Anfertigung von Beschlüssen im Strafvollzug beschäftigt. Die Anfertigung eines Protokolls z. B. über eine Schwurgerichtssitzung ist keine geringe Aufgabe, wenn man erwägt, wie der Nachweis über die Einhaltung der wesentlichen Formalien oft lediglich aus dem Protokolle zu nehmen, und andererseits wie reich an Formen unser schwurgerichtliches Verfahren ist.

Schlimmer steht es mit der Civilpraxis. Hier könnten sie amtlich nicht anders denn als Gerichtsschreiber fungiren. Die bayer. Prozeßordnung kennt aber kein Protokoll über die öffentliche Sitzung, sondern nur das Urtheilsbuch, in welches sämmtliche Urtheile und Beschlüsse sowie allenfallsige auf Antrag vom Gerichte beschlossene Konstatirungen über Anerkenntnisse und Geständnisse eingetragen werden. Letztere Konstatirungen werden vom Gerichte in den Urtheilssatz mit der Formel: „Es wird Urkunde ertheilt, daß ꝛc.“ aufgenommen, das Urtheil selbst aber wird dem Gerichtsschreiber vom Vorsitzenden nach der Verkündung übergeben, und von diesem wörtlich in das Urtheilsbuch abgeschrieben. In der Sitzung wird ein Protokoll nur aufgenommen, wenn Zeugen oder Sachverständige zu vernehmen sind, oder wenn die Sache durch Vergleich erledigt wird. Der Vorsitzende diktirt dann dem Gerichtsschreiber die Aussagen oder den Vergleich. Der Gerichtsschreiber hat sonach in der öffentlichen Sitzung entweder gar nichts oder nur etwas sehr Mechanisches zu thun. — In der geheimen oder „berathenden“ Sitzung ist nach dem neuen Prozesse nur wenig zu thun. Wird hier ein Beschluß gefaßt, so wird derselbe von dem Richter, welcher das Referat übernommen hatte, niedergeschrieben und vom Vorsitzenden wie dem Gerichtsschreiber unterschrieben. Letzterer hat nichts weiter zu thun als zu unterschreiben und noch neben den Namen des Vorsitzenden das Gerichtssiegel beizudrucken. — Jeder Richter wird zugeben, daß in dieser Thätigkeit das geistige Element nahezu Null, die Praxis höchst langweilig ist. Besonders die alten Praktikanten, welche früher „die schönsten Referate“ erledigt haben,

lassen traurig die Köpfe hängen. Das selbstständige Verarbeiten eines Prozeßstoffs, die Abgabe eines durch eigene Geistesarbeit gewonnenen Urtheils hat jetzt für sie aufgehört. Es scheint mir übrigens dieses Ausschließen vom Urtheilen nicht nothwendig der Fall sein zu müssen. Man könnte die jungen Leute anweisen, die vor einer öffentlichen Verhandlung eingereichten Schriftsätze zu studiren, dann der darauf hin stattfindenden Verhandlung, und wenn sie sich in mehrere Sitzungen auflöst, diesen sämmtlich beizuwohnen, nach denselben frei ihre Meinung über den Gegenstand auszusprechen und endlich das vom Senate beschlossene Urtheil zu entwerfen. Ich wüßte nicht, was hieran unzulässig wäre. Ein Verstoß gegen die Mündlichkeit, wie ich schon habe einwenden hören, ist es nicht. Man darf nur kein lediglich auf Grund der Akten gefertigtes Referat des an der Berathung Theil nehmenden Rechtskandidaten einführen. Derselbe studirt einfach die Schriftsätze, wohnt jeder Verhandlung über den konkreten Prozeß bei und giebt nach jeder derselben seine Meinung ab. Beharrt man darauf, daß er durch jede Sitzung den Rechtsfall verfolgt, so wird er eben so gut informirt zur Berathung kommen als die Richter, ja oft besser, wenn sie nämlich nicht an sämmtlichen Verhandlungen über den betreffenden Gegenstand Theil genommen haben. Entwirft der Rechtskandidat schließlich nach der Berathung das Urtheil und unterbreitet es den Senatsmitgliedern zur nochmaligen Prüfung der Redaktion, an welcher Prüfung er wieder Theil nimmt, so macht er eine Schule durch, wie sie der Richter selbst nicht anders haben kann. Mit der bloßen Thätigkeit eines Gerichtsschreibers aber lernt er entschieden zu wenig, wobei allerdings, wie schon bemerkt, der Umstand mitwirkt, daß wir ein Sitzungsprotokoll überhaupt nicht kennen.

Man kann den Rechtskandidaten freilich auch noch den Rath geben, nun recht fleißig das objektive Recht zu studiren, allein „man kann nicht immer fortstudiren", und dann wird durch das eifrigste Studiren und Repetiren der Born der grünen Praxis nicht ersetzt. Mit dieser Empfehlung ist ebensowenig dem Bedürfnisse genügt als mit der weiteren, die jungen Leute sollen nur recht viel in den öffentlichen Sitzungen zuhören. Das immerwährende bloße Zuhören spannt ab und übt schließlich wenig Einfluß.

Da auf die Vorbildung zum Richterdienst nicht genug Werth gelegt werden kann, darf wohl mit Sicherheit gehofft werden, daß mit Einführung der neuen deutschen Gerichts- und Prozeßorganisation diesem Punkte eine genauere Würdigung und möglichst gleichmäßige Durch-

führung zu Theil werde. Neben einer tüchtigen Gerichtspraxis wäre übrigens die Advokatenpraxis die beste Vorschule. Möchte wenigstens die Advokatur freigegeben werden, wenn man auch für die Anwaltschaft das hannoverische System beibehalten will. Durch die freie Advokatur wird es den jungen Leuten möglich, selbstständig jede Civilsache außer dem Anwaltsprozesse zu vertreten, außerdem aber in Straf- und Administrativsachen dem Publikum zu dienen und so neben der erwähnten Selbstständigkeit (im Arbeiten) eine allseitige Bildung zu gewinnen. — Freilich, ob sich bei der bisherigen Bezahlung der Richter junge tüchtige Advokaten finden werden, die sich zum Uebertritt in den Richterdienst melden, — ist eine andere Frage.

Literatur.

11.

Literatur des Reichsstrafgesetzbuchs.

Wohl selten hat ein Gesetz bald nach seinem Erscheinen eine solche Zahl von Ausgaben und Bearbeitungen hervorgerufen, wie das jetzt zum Reichsgesetz erhobene Strafgesetzbuch vom 31. Mai 1870. Die große Menge dieser buchhändlerischen Erscheinungen steht augenscheinlich nicht im Verhältniß zu dem Bedarf. Ein erheblicher Theil derselben verdankt seinen Ursprung lediglich der Spekulation.

Es soll hier eine kurze Uebersicht über diese Literatur gegeben werden, Ausgeschieden sind hierbei die zahlreichen sog. Volksausgaben, welche, in kaum zu übersehender Anzahl erschienen, im Wesentlichen sich darauf beschränken, auf meist schlechtem Papier den Text des Gesetzes wiederzugeben. Im Uebrigen beschränkt sich die Uebersicht darauf, unter vollständiger Angabe des Titels, der Seitenzahl und des Preises neben einzelnen kritischen Anmerkungen den Inhalt des Werkes kurz anzudeuten. Der Referent hofft den ferner Stehenden hierdurch in den Stand zu setzen, nicht bloß einen Ueberblick über die Literatur — Kommentare und Lehrbücher — zu gewinnen, sondern auch zum Gebrauch einen Anhalt für eine nähere Auswahl und Prüfung zu gewinnen.

Indem wir als empfehlenswerthe Textausgabe das in guter Ausstattung und mit einem gewissenhaft gearbeiteten, vollständigen Sachregister versehene:

> Strafgesetzbuch für das deutsche Reich nebst dem Einführungs-Gesetze. Mit Sach-Register redigirt im Bureau des Justizministeriums. Berlin 1871. Verlag von Albert Nauck u. Co. Oktav. 10 Sgr. (1870 als St.-G.-B. für den nordd. Bund erschienen)

voranstellen, lassen wir die übrigen Bearbeitungen in alphabetischer Ordnung folgen:

1. Anders, C. F., Staatsanwalt in Berlin. Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich und die neben demselben geltenden deutschen Reichs-Straf-Gesetze. Textausgabe mit Anmerkungen und vollständigem Sachregister. Berlin. Heymann. 1871. 310 und XX S. Kartonnirt. Kl. Oktav. 15 Sgr.

Das — im August 1871 — erschienene, sorgfältig gearbeitete Werkchen enthält außer dem Strafgesetzbuch nebst E.-G. einen Abdruck der wichtigsten Reichs-(Zollvereins-, Bundes-)Gesetze, welche einzelne Strafbestimmungen enthalten. Zugegeben sind für Preußen die bezüglich der vorläufigen Ent-

lassung und der Polizei-Aufsicht gegebenen Ministerial-Instruktionen, wobei die — wenngleich nicht gesetzlich bindende, so doch zur Information zweckdienliche — Justizministerial-Verfügung vom 28. Dezember 1870, betreffend die Zuständigkeit der Gerichte, auch noch Aufnahme hätte finden können. Die vereinzelten Anmerkungen enthalten hauptsächlich Literaturnotizen und Hinweisungen auf die bis zum Erscheinen des Buches bereits thätig gewesene Judikatur der höchsten preuß. Gerichtshöfe.

2. Dr. A. F. Berner, Professor. Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Fünfte im Anschluß an das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich bearbeitete Auflage. Leipzig. Tauchnitz. 1871. 647 S. 2 Thlr. 25 Sgr.

Die Vorzüge der Berner'schen Darstellung des Strafrechtssystems sind genügend bekannt. Wir finden sie vorzüglich in der lichtvollen, durchsichtigen Darstellung, welche in einfacher Systematik die allgemeinen Prinzipien und Rechtsbegriffe deutlich hinstellt und klar und folgerichtig ins Einzelne verfolgt. Berner's Art und Weise, welche, ohne der Oberflächlichkeit zu verfallen, es sich versagt, dem Leser das ganze gelehrte Rüstzeug an Quellen und Literatur, welches ihm zur Vorarbeit diente, mitzugeben, erinnert etwas an französische Muster. Und in der That: massenhafte Citate und Quellenangaben bilden oft nur den Schein der viel gerühmten deutschen Gründlichkeit und ersetzen häufig nichts Anderes, als entweder den Muth oder die Fähigkeit oder den Fleiß selbstständiger Denkthätigkeit.

Die Verarbeitung des neuen deutschen Strafgesetzbuchs in das System ist indessen bei der vorliegenden Auflage weder eine gleichmäßige noch eine überall glückliche, letzteres z. B. in der Lehre von den Körperverletzungen. (Vgl. jedoch den Nachtrag.)

3. Dr. H. Blum, Rechtsanwalt und Reichstags-Mitgl. — Das Strafgesetzbuch für den norddeutschen Bund nebst dem Einführungsgesetz. — Ein zuverlässiger und leichtfaßlicher Rathgeber für praktische Kriminalisten, Richter, Vertheidiger, Staatsanwälte und besonders für Geschworne und Schöffen. Unter Mittheilung der wichtigsten Amendements, Motive und Reden, sowie der ursprünglichen Regierungsvorlage erläutert. Zürich. Schultheß. 1870. 523 S. Okt. 1 Thlr. 12 Sgr.

Die Erläuterungen werden zu jedem §. unter den fortlaufenden Rubriken „Geschichte" und „Auslegung" gegeben. Der oben mitgetheilte Titel deutet den Inhalt dieser mehr auf das große Publikum berechneten Arbeit genügend an.

4. H. Engelcke, preuß. Staatsanw. — Strafgesetzbuch für das deutsche Reich. — Zum Handgebrauche in der Praxis für Juristen, Geschworene und Polizeibeamte bearbeitet. Stralsund. Dühr. 1871. 214 und XVIII S. Kl. Okt. 18 Sgr.

Das — Ende Juni 1871 — erschienene Werkchen enthält noch den Text des Strafgesetzbuchs für den nordd. Bund mit einer auf S. XVII enthaltenen Hinweisung auf die in Folge des Gesetzes vom 15. Mai 1871 eingetretene Aenderung des Textes. Außer einem Register werden kurze Erläuterungen und Verweisungen auf Nebengesetze gegeben.

5. C. Hahn, preuß. Ober-Tribunalsrath. Strafgesetzbuch für das deutsche Reich. Mit Erläuterungen aus den Motiven und der Rechtsprechung

des Obertribunals. 2. Aufl. Breslau. Kern. 1872 (I. Aufl. 1871) — S. 1 Thlr. 5 Sgr.

Die Hahn'sche Bearbeitung schließt sich an das in mehreren Auflagen erschienene Buch desselben Verfassers über das preuß. Strafgesetzbuch an. Es soll lediglich praktischen Zwecken dienen und verwerthet hierzu in knapper Form die Motive, sowie namentlich die ältere und neuere Rechtsprechung des preuß. Obertribunals.

6. R. Höinghaus, (Aktuar). Das neue Strafgesetzbuch für den norddeutschen Bund in der durch Vereinbarung mit dem Reichstage endgültig festgestellten Fassung mit den vollständigen amtlichen Motiven, den Motiven zu den erfolgten Abänderungen und dem Wichtigsten aus den Verhandlungen des Reichstages. Berlin. Hempel. 1870. 240 S. Okt. 20 Sgr.

Dieses flüchtig gearbeitete Buch wurde in 1. Aufl. noch vor Publikation des Gesetzbuchs schleunigst in fünf verschiedenen Offizinen gedruckt (vgl. S. 240) und war augenscheinlich nur dazu bestimmt, die erste Neugierde zu befriedigen. Die beigegebenen Motive nehmen nicht die gebührende Rücksicht auf die Abänderungen des Entwurfs im Reichstage. Das Sachregister verdient kaum den Namen.

7. Dr. Fr. v. Holtzendorff, Prof. — Handbuch des deutschen Strafrechts. In Einzelbeiträgen von Prof. Dr. Engelmann, Prof. Dr. Geyer, Prof. Dr. Heinze, Prof. Dr. v. Holtzendorff, Prof. Dr. Liman, Prof. Dr. Merkel, Kammergerichtsrath Schaper, Generalstaatsanwalt Dr. Schwarze, Prof. Dr. Skrzeczka, Prof. Dr. Wahlberg. Berlin. Lüderitz.

Das Werk hat nach der Vorrede des Herausgebers den Zweck:

in ausführlicher Darstellung der einzelnen Materien die wissenschaftlichen Ergebnisse und den heutigen Entwicklungszustand des Kriminalrechts vorzuführen;

die in Zeitschriften und Monographien zerstreuten Untersuchungen, soweit sie für die heutige Zeit Bedeutung haben, zusammenzufassen;

die in der Gerichtspraxis zumeist vorkommenden Streitfragen zu prüfen;

der Gesetzgebung durch Hervorhebung der kriminalpolitischen Gesichtspunkte vorzuarbeiten.

Dasselbe ist auf 3 Bände berechnet, von denen bereits 2 vorliegen.

I. Band (344 S. — 1 Thlr. 25 Sgr.) enthält „die geschichtlichen und philosophischen Grundlagen des Strafrechts“ und zwar eine (vorzugsweise geschichtliche) „Einleitung in das Strafrecht“ von Holtzendorff nebst einem Ueberblick über die außerdeutschen Gesetzgebungen, worunter ein Beitrag von Engelmann über das russische Strafrecht und die „Strafrechtstheorien und Strafrechts-Prinzip“ von Heinze.

Der II. Band (637 S. — 3 Thlr.) enthält „die allgemeinen Lehren“ in Beiträgen von: Heinze, Merkel, Schwarze, Schaper, Skrzeczka, Geyer, Wahlberg.

Der III. Band soll die Lehren von den einzelnen Verbrechensarten bringen. —

Der Herausgeber bemerkt in der Vorrede: „Jene Strenge und Geschlossenheit des Stils, welche nur in den von Einzelnen gearbeiteten Werken erreichbar ist, wird man allerdings dabei von vornherein als unmöglich an-

erkennen müssen. Dafür gewinnt man indessen die sorgfältige Durcharbeitung der einzelnen Theile, die mit der Erweiterung des wissenschaftlichen Gebietes von der Kraft eines einzigen Autors bei umfassenden Werken höchst selten zu erwarten ist."

Jene Befürchtung scheint uns allerdings eingetroffen und auch durch die Erfüllung der daran geknüpften Hoffnung nicht völlig aufgewogen zu sein.

Daß wir vielfache dankenswerthe Erörterungen erhalten, dafür bürgen schon die Namen der einzelnen Mitarbeiter. Namentlich glauben wir die historische Darstellung des Herausgebers, sowie die Beiträge Heinze's, Schaper's und Geyer's hervorheben zu dürfen. Indessen fällt schon bei oberflächlicher Ansicht, besonders des 2. Bandes, die verschiedene Art der Behandlung Seitens der einzelnen Mitarbeiter auf, ein Eindruck, der durch eine vergleichende Prüfung des Einzelnen kaum gemildert wird.

Wir wollen damit keineswegs über den Werth des ganzen Werkes, noch über Plan und Anlage desselben absprechen. Wir glauben vielmehr, daß die Idee des Herausgebers, mit vereinigten Kräften zu arbeiten, auch bei systematischen Arbeiten eine wohl berechtigte ist, und daß auch die vorliegenden Leistungen vieles Hervorragende bieten. Nur scheint uns, daß der Ausführung eine längere Zeit der Vorbereitung zweckdienlicher gewesen wäre, um unter den mitwirkenden Kräften die für ein nicht lexikalisches Werk nothwendige Harmonie der äußeren Form und der Methode herzustellen, was bei einer weiteren Auflage nachzuholen sein wird. Deßungeachtet sind wir auf den III. Band, bei welchem sich die erwähnten Uebelstände weniger fühlbar machen werden, gespannt.

8. v. Kirchmann. Strafgesetzbuch für den norddeutschen Bund mit sachlichen, hauptsächlich aus der geschichtlichen Entstehung desselben geschöpften Erläuterungen. Zum praktischen Gebrauche bearbeitet. Elberfeld. Lucas. 1870. 228 S. 1 Thlr. — Dazu ein (im September 1871 erschienener Nachtrag: Strafgesetzbuch für das deutsche Reich. 48 S. 8½ Sgr. (die veränderten §§. nebst Erläuterungen, auch das Einf.-Ges. für Elsaß-Lothr. vom 30. August 1871 enthaltend).

Kirchmann war Mitglied der Reichtags-Kommission für Berathung einzelner Abschnitte des Strafgesetzbuchs. Seine Erläuterungen kennzeichnen häufig mehr den Politiker und Philosophen, als den methodisch arbeitenden Kriminalisten. Indessen sind auch die rein sachlichen Bemerkungen nicht ohne Werth. Wir finden überall Selbstständigkeit des Denkens und hervorragenden juristischen Scharfsinn, Eigenschaften, welche auch in den weniger gelungenen Partieen stets weitere Anregung gewähren und das Werk des einstigen Entdeckers der „Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft" zu einem der beachtenswertheren machen.

9. Dr. Kletke. Das Strafgesetzbuch für den norddeutschen Bund mit ausführlichem Kommentar aus den amtlichen Vorlagen, den Motiven, Kommissionsberichten und Berathungsprotokollen, nebst einem Anhange, enthaltend alle neben dem Strafgesetzbuche in Kraft befindlichen Bundesstrafgesetze, einem Straftableau und vollständigen Sachregister. Berlin. Langmann u. C. 1871. 1 Thlr.

Das Buch, welches bereits in 4. Aufl. erschienen sein soll, ist zu den sogenannten populären Ausgaben zu rechnen.

10. Dr. Friedr. Meyer (Thorn), Justizrath, Reichstagsmitglied. — Strafgesetzbuch für das deutsche Reich. Mit Benutzung der Entwürfe, der Motive derselben, der Verhandlungen des Reichstags und der Reichstags-Kommissionen sowie unter Vergleichung mit den bisherigen Partikularrechten, namentlich dem preußischen, erläutert. (Zweite Ausgabe.) Berlin. Kortkampf. 1871. XXXII und 327 S. Okt. 2 Thlr.

Dieses Werk erschien zuerst als Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund. Die vorliegende zweite Ausgabe ist mit der früheren identisch und nur eine sog. Titelausgabe. Dieselbe enthält in einem Anhange das Gesetz vom 15. Mai 1871 betr. die Redaktion des Strafgesetzbuches für den norddeutschen Bund als Strafgesetzbuch für das deutsche Reich, einen neuen Titel, eine neue Vorrede, sowie ein vervollständigtes Druckfehlerverzeichniß.

Der Verfasser, welcher ebenso wie Kirchmann Mitglied der Reichstags-Kommission zur Berathung einzelner Abschnitte des Entwurfs und im Plenum Referent über die Abschnitte 14 (Beleidigung) und 15 (Zweikampf) war, giebt in einer Einleitung Mittheilungen über die Geschichte, über System und Auslegung des Strafgesetzbuchs und des Einf.-Gesetzes. Im Uebrigen hält derselbe das auf dem Titelblatt gegebene Versprechen. Die Erläuterungen enthalten manches Beachtenswerthe. Dieselben verrathen jedoch bei den politischen Materien mehr das Reichstagsmitglied als den interpretirenden Juristen.

11. Derselbe: Strafgesetzbuch für das deutsche Reich vom 15. Mai 1871. Text-Ausgabe mit Hinweisen auf die analogen Bestimmungen der früheren Strafgesetzbücher von Preußen, Bayern, Sachsen, Württemberg, Baden, den Thüringischen Staaten, Hessen, dem Code pénal; kurzen Anmerkungen, den betreffenden Einführungsgesetzen und einer Zusammenstellung der neben dem Strafgesetzbuche geltenden strafrechtlichen Bestimmungen an, derer Reichs-Gesetze. Berlin. Kortkampf. 1872. XXVI und 212 S. und XV S. Register. Kl. Okt. 20 Sgr.

Die Arbeit will dem praktischen Gebrauch dienen. Ihr Inhalt ergiebt sich aus dem Vorhergehenden, jedoch finden wir an Einführungsgesetzen nur das für Königreich Sachsen; Hessen, Weimar und Elsaß-Lothr., die übrigen fehlen. Bei den besonderen Reichsstrafgesetzen vermissen wir die über die Geltung bez. Einführung in die einzelnen Reichslande sprechenden Daten, welche auf S. 3 nur unvollständig gegeben werden.

Die mitgetheilten Parallelstellen aus den aufgehobenen Strafgesetzbüchern werden Manchem willkommen sein, wie auch die Anmerkungen vieles Brauchbare enthalten. Auffallend sind einzelne Oberflächlichkeiten z. B. die Behauptung zu §. 70, daß die Nebenstrafen (Ehrenrechte, Pol.-Auff.) mit den Hauptstrafen verjähren, — weil es an einer ausdrücklichen Bestimmung fehle, und jene Strafen sonst gar nicht verjähren würden. M. übersieht, daß die §§. 36 und 38 A. 3. die Frage unzweideutig für die entgegengesetzte Meinung entscheiden. Die Ausstattung ist mangelhaft.

12. Dr. Oppenhoff, Oberstaatsanwalt beim Ober-Tribunal in Berlin. Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich. Zweite verbesserte Ausgabe. Berlin. Reimer. 1871. (Im Erscheinen.) Pr. ca. 4½ Thlr. (Vgl. jedoch den Nachtrag.)

Die 2. Auflage dieses Kommentars, von dem bis jetzt nur die erste Lieferung (Reichs-Einf.-Ges. und Strafgesetzbuch §§. 1—242) vorliegt, nennt sich mit Recht eine verbesserte. Die erste Auflage des Strafgesetzbuches für den norddeutschen Bund war die in einer selbst für einen Kriminalisten von Oppenhofs Bedeutung zu kurz bemessenen Zeit gefertigte Ueberarbeitung des bekannten Commentars zum preuß. Strafgesetzbuch, als dessen Fortsetzung das vorliegende Werk auch noch immer erscheint. Manche Erläuterungen waren deshalb auch mehr für die aufgehobenen §§. des Preuß. Strafgesetzbuches wie für das Bundes-Strafgesetzbuch geschrieben. In dieser Hinsicht ist in der neuen Auflage Vieles verbessert, namentlich z. B. in den Erläuterungen zu §. 74 (Gesammtstrafe). Indessen folgt O., wie uns scheint, auch in der vorliegenden Auflage noch zu sehr den von ihm für das frühere preußische Strafgesetzbuch vertretenen Auffassungen und der älteren Praxis des Obertribunals trotz ausdrücklicher Veränderungen im Text des Gesetzes, so z. B. in der Lehre von den Beleidigungen.

O. schließt sich in der äußeren Form und Einrichtung wie in der Tendenz: die positiven Gesetzesvorschriften durch alle praktischen Hülfsmittel in's Einzelne hinein zu erläutern, an französische Muster, z. B. Gilbert. Die großen Vorzüge dieser Methode sowohl wie der ihr durch O. gegebenen Ausführung sind bekannt. Er wird den Praktiker, namentlich den preußischen, bei irgend einer Detailfrage selten im Stich lassen. Weniger werden sich die gemeinrechtlichen Juristen von den theoretischen Erörterungen O.'s befriedigt finden, da dieselben näher oder entfernter auf einem andern Rechtsgebiete wurzeln. Abgesehen hiervon scheint uns durch das Anschwellen des Materials die Uebersichtlichkeit und Klarheit, welche durch äußerliche Hülfsmittel allein nicht ersetzt wird, gelitten zu haben, so daß dem Verf. eine größere Sichtung wohl zu empfehlen wäre.

O.'s Buch hat seit seinem ersten Erscheinen einen großen Einfluß auf die Praxis gewonnen, — aber es war auch meist das einzige kriminalistische Werk auf dem Tische der preußischen jüngeren Juristen, wofür wir natürlich den Verf. nicht verantwortlich machen. Arbeiten dieser Art, welche, auf das nächste praktische Bedürfniß berechnet, bei der Auslegung den eigentlichen wissenschaftlichen Apparat im Ganzen bei Seite setzen und sich mehr auf die nächstliegenden gesetzgeberischen und judiziellen Hülfsmittel beschränken, tragen von vornherein die Gefahr der Einseitigkeit mit sich. O. selbst sagt zwar, er habe für den „mit der allgemeinen Strafrechtslehre vertrauten" praktischen Juristen gearbeitet. Wir glauben indessen mit der Behauptung nicht fehl zu gehen, daß keine praktische Methode der wissenschaftlichen Grundlage entbehren kann und daß manchen in O.'s Kommentar vorgetragenen, aus praktischen Motiven geschöpften Ansichten der Zusammenhang mit der wissenschaftlichen Erkenntniß verloren gegangen ist. Wir wollen hoffen, daß sich für das neue Reichsrecht der wissenschaftliche Sinn immer mehr beleben und daß wissenschaftliche Bearbeitungen zum Gewinn für die Praxis die nothwendige Ergänzung der für das nächste Bedürfniß berechneten Kommentare sein werden, von denen der Oppenhoff'sche allerdings einer der verdienstvolleren sein wird.

13. R. Pannenberg, Stadt- und Kreisgerichtsrath in Danzig. Handbuch des gesammten preußischen Strafrechts. Enthaltend das Straf-

gesetzbuch für das deutsche Reich und die neben demselben in Preußen, insbesondere den älteren Gebietstheilen, bestehenden Bundes- und Landesstrafvorschriften. Unter Beibehaltung des Legaltextes zusammengestellt. Mit einem chronologischen und alphabetischen Sachregister. Berlin. Scheller. 1872. 88 S. und 294 S. Okt. 2 Thlr.

Dieses — im August 1871 erschienene — Handbuch enthält keine systematische Darstellung, sondern giebt, außer einzelnen Anmerkungen, den Gesetzestext der auf dem Titel bezeichneten Gesetze. Die Sammlung kann — von provinziellen Strafgesetzen abgesehen — als vollständig bezeichnet werden. Die Ausstattung ist gut.

14. Dr. Puchelt, großh. bad. Kreis- und Hofgerichtsdirektor (jetzt Reichsoberhandelsgerichts Rath). Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich. Mit den amtlichen Motiven und mit Erläuterungen herausgegeben. Carlsruhe. Hordiler 1871. 384 S. Okt. 2 Thlr.

Der Verf. ist als Kommentator des badischen Strafgesetzbuchs bekannt. Die vorliegenden Erläuterungen enthalten das Wichtigere aus den Motiven und außerdem zu den einzelnen §§. kurz gefaßte Anmerkungen.

15. Dr. Quaritsch. Kompendium des deutschen Strafrechts. Lehrbuch und Repetitorium. Berlin. Weber. 1872. 98 S. Okt. 20 Sgr.

Das Werkchen giebt eine gedrängte, systematische Darstellung für Anfänger.

16. H. O. Reiz. Strafgesetzbuch für das deutsche Reich nebst der Strafgesetz-Novelle vom 10. Dez. 1871. Mit Inhaltsangabe jedes §., Anmerkungen und ausführlichem, das Strafmaaß jedes Artikels enthaltenden Register. Zum Handgebrauch. Erlangen. Deichert. 1872. 176 S. Kl. Okt. 10 Sgr.

Der Titel bezeichnet den Inhalt. Die Anmerkungen zu den einzelnen §§. enthaltenen lediglich einen Nachdruck der in dem unter Nr. 20 erwähnten Buche angegebenen Parallelstellen unter Zufügung des Inhalts dieser Stellen. —

17. Dr. E. T. Rubo, Stadtrichter und Schriftführer der Bundeskommission für das Strafgesetzbuch. Kommentar über das Strafgesetzbuch für den norddeutschen Bund und das Einf.-Gesetz vom 31. Mai 1870. Nach amtlichen Quellen. Berlin. Weidmann. 1870. Erste Lieferung. 96 S. Okt. 12 Sgr.

Der — ebenso wie der unter Nr. 19 und 20 genannte Autor — bereits bei Aufstellung des I. Entwurfes thätig gewesene Verfasser giebt in der bis jetzt allein erschienenen 1. Lieferung eine gründliche Darstellung der „geschichtlichen Entwicklung des Strafgesetzbuchs" (S. 1—78) und den Anfang von „allgemeinen Erörterungen über den Inhalt des Strafgesetzbuchs" (S. 78 bis 96.)

18. Derselbe. Strafgesetzbuch für das deutsche Reich. Textausgabe mit Anmerkungen und Sachregister. Berlin. Weidmann. 1872. XX und 165 S. Cartonnirt 6 Sgr.

Das Werkchen giebt in der Einleitung Bemerkungen zur geschichtlichen Entwicklung und zur Auslegung des Strafgesetzbuches und in den Anmerkungen namentlich für den Zusammenhang des Gesetzes wichtige Parallelstellen. —

19. H. Rüdorff, Obergerichtsrath in Hannover, Schriftführer der Bundeskommission. Strafgesetzbuch für das deutsche Reich. Mit Kommentar. Berlin. Guttentag. 1871. XXIV und 512 S. Okt. 2 Thlr.

Das in 1. Lieferung im November 1870 erschienene Werk giebt zunächst das Gesetz vom 15. Mai 1871, wie es aus den Berathungen des Reichstages hervorgegangen ist, nebst einleitenden, die Erhebung des Strafgesetzes für den norddeutschen Bund zum Reichsstrafgesetzbuche betreffenden Erörterungen.

Der Verf., welcher wie vorerwähnt, bei Aufstellung der Entwürfe mit thätig war, schickt dem eigentlichen Kommentar eine Abhandlung voraus, welche eine kurze Geschichte des deutschen Strafrechts und der auf die Rechtseinheit gerichteten Bestrebungen, eine Darlegung der Entstehung des jetzigen Strafgesetzbuchs und eine eingehende Erörterung des Verhältnisses des Reichsstrafrechts zum Landesstrafrecht, welchem letztern Verhältniß auch in dem weitern Verlaufe des Buches besondere Aufmerksamkeit gewidmet ist, enthält.

Wie aus der Vorrede hervorgeht, hat der Verf. hierbei das gesammte vorhandene amtliche Material zur Benutzung gehabt. — Der Kommentar, welcher in der äußeren Form dem Oppenhoff'schen ähnlich ist, giebt außer der Interpretation des Gesetzes die wesentlichen Theile der Motive und nimmt auch auf die nichtpreußische ältere Gesetzgebung, namentlich die bayerische, sowie auf die hervorragendsten Resultate der Wissenschaft Rücksicht. —

20. Derselbe. Strafgesetzbuch für das deutsche Reich. (Gegeben Berlin den 15. Mai 1871.) Nebst den Einführungsgesetzen für das Reich und für Elsaß-Lothringen. Text-Ausgabe mit Anmerkungen und vollständigem Sachregister. Vierte Auflage. Berlin. Guttentag. 1872. (1 Aufl. 1870, 2. und 3. 1871.) XXIV und 165 S. Taschenformat. Cartonnirt. $7\frac{1}{2}$ Sgr.

Das Werkchen, welches in 4. Auflage mit zusammen — wie uns mitgetheilt wird — gegen 40,000 Exemplaren vorliegt, enthält in der neuen Auflage Notizen zur Geschichte und zum System des Strafgesetzbuches, ein Verzeichniß der Literatur des Strafgesetzbuches, eine Zusammenstellung der §§. des preußischen und des Reichsstrafgesetzbuches, eine Uebersicht der neben dem Strafgesetzbuche geltenden Reichsstrafgesetze nebst den einzelnen, die Einführung in die verschiedenen Reichslande betreffenden Daten und ein vollst. Sachregister. Die Anmerkungen enthalten neben den für das Verständniß des Strafgesetzbuchs wichtigen Parallelstellen, auch einzelne wichtigere Entscheidungen, sowie kurz gefaßte Erläuterungen.

Für Baiern ist eine besondere, das dortige (wegen seiner sorgfältigen Ausarbeitung und bundesgetreuen Ausführung des Reichsstrafgesetzbuchs sehr beachtenswerthe) Einführungsgesetz vom 26. Dezember 1871 enthaltende Ausgabe (Pr. 12 Sgr.) erschienen.

21. Dr. Th. R. Schütze, Prof. zu Kiel. Lehrbuch des deutschen Strafrechts auf Grund des Reichsstrafgesetzbuches. Leipzig. Gebhardt. 1871. 550 S. Okt. 2 Thlr. 28 Sgr.

Schütze hat in der richtigen, bereits bei Beurtheilung des Oppenhoffschen Buches oben geltend gemachten Auffassung gearbeitet, daß die Wissenschaft mit den sog. praktischen Bearbeitungen des neuen Reichsgesetzes Hand in Hand

gehen müsse. Was Sch. darbietet, gewinnt, sobald man sich an den etwas absonderlichen Styl des Verfassers gewöhnt hat, gebührendes Interesse. Wenngleich mit Rücksicht auf die Kürze der Zeit eine vollständige wissenschaftliche Durchdringung des Stoffs nicht zu erwarten war, so ist die Leistung doch eine anerkennenswerthe.

22. Dr. Fr. O. Schwarze, kgl. sächs. General-Staatsanwalt, Mitglied der Bundeskommission sowie der Reichstagskommission zur Berathung des Entwurfes des Strafgesetzbuches. Das Strafgesetzbuch für den norddeutschen Bund vom 31. Mai 1870. (Handausgabe mit Sachregister.) Leipzig. Reisland. 1870. VIII und 392 S. Kl. Okt. 1¼ Thlr. Dazu ein Anhang: die kgl. sächsischen Ausführungsverordnungen. 4 Sgr.

23. Derselbe. — Kommentar zum Strafgesetzbuch für das deutsche Reich vom 31. Mai 1870. Mit dem Gesetze, betreffend die Redaktion des Strafgesetzbuchs für den norddeutschen Bund als Staatsgesetzbuch für das deutsche Reich. Leipzig. Reisland. 1871. XIV, 696 und 77 S. Gr. Okt. 4 Thlr.

Schwarze war bekanntlich bei den legislativen Vorarbeiten zum Reichsstrafgesetzbuche in verschiedener Stellung betheiligt und ist dadurch als Kommentator des neuen Gesetzes legitimirt. Seine vorstehend aufgeführten Arbeiten haben schon deshalb und weil der Verfasser seit Dezennien in den ersten Reihen der Vertreter deutscher Strafrechts-Wissenschaft, Praxis und Gesetzgebung steht, eine hervorragende Bedeutung. Es ist denn auch namentlich die große Erfahrung, die eminente Belesenheit und Kenntniß der Literatur und der neueren wissenschaftlichen Resultate, welche diesen Werken ihren Werth verleihen. Besonders treten uns diese Vorzüge in den dem größeren Kommentar einverleibten Exkursen entgegen. In den bloß interpretativen Theilen des Werkes dagegen können wir, so viel Schätzenswerthes sie auch enthalten, nicht die Hauptvorzüge der Schwarze'schen Bearbeitungen erblicken.

Der Anhang zu dem Kommentar (77 S.) enthält vollständige Straftabellen, verschiedene Uebersichten, ein Gesetzes- und ein Sachregister.

24. Th. Siebdrat, Bezirksgerichtsrath in Dresden. Strafgesetzbuch für das deutsche Reich, sammt den damit in Verbindung stehenden älteren und gleichzeitigen kgl. sächsischen Gesetzen und Verordnungen und mit Verweisung auf die bei dessen Anwendung zu berücksichtigenden Bestimmungen. Nebst einem ausführlichen Sachregister. Dresden. Meinhold und Söhne. (1871 ohne Angabe der Jahreszahl erschienen.) 205 S. Kl. Okt. 12 Sgr.

Der Titel giebt den Inhalt dieses auf das Königreich Sachsen berechneten Buches an. Zu den einz. §§. werden Ueberschriften angegeben, welche den Inhalt andeuten. Außerdem werden die Parallelstellen des früheren sächs. Strafgesetzbuchs mitgetheilt.

25. Dr. Julius Staudinger, kgl. bayer. Appellationsgerichtsrath, z. Z. im Justizministerium. Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich mit den Einführungs- und Nebengesetzen für das Königreich Bayern. Mit Erläuterungen. Nördlingen. Beck. 1872. (Bis jetzt drei Lieferungen.)

Bei dem nothwendig raschen Gange der Gesetzgebung in dem neuen deutschen Reich und bei dem Ineinandergreifen der Reichs- und Landesgesetzgebung und der Reichs- und Landesgesetze thut nichts mehr Noth als Ueber-

sichtlichkeit des bestehenden Rechts. Staudinger will diese Aufgabe für Bayern in einem auf 6 Abtheilungen berechneten Werke lösen, von denen die ersten 4 die unmittelbare Reichs- (bezüglich frühere Zollvereins-) Gesetzgebung, — die beiden letzten die speziell bayerischen Gesetze und Verordnungen umfassen sollen. — Die vorliegende erste Lieferung entspricht dem angedeuteten Zweck in sehr anerkennenswerther Weise. Die Erläuterungen und Anmerkungen zeichnen sich durch Klarheit und Präzision aus.

26. Dr. E. O. Taube, Staatsanwalt in Zwickau. Strafgesetzbuch für das deutsche Reich vom 1. Januar 1872 (?). Textausgabe unter Berücksichtigung der abgeänderten Fassung des ursprünglichen Strafgesetzbuchs mit ausführlichem Wort- und Sachregister. Reisland. 1871. 174 S. Cartonnirt. 7½ Sgr.

Das Werkchen enthält außer dem Text wesentlich nur das allerdings sehr ausführliche Sach- und Wortregister. Nach der Uebereinstimmung zu schließen, ist T. der von Schwarze Comm. Anh. S. 38 erwähnte praktische Jurist, welcher auch das dem letztern Werke beigegebene Register anfertigte.

An die vorstehenden allgemeinern Bearbeitungen schließen wir noch zwei Monographien von allgemeinerem Interesse:

27. Dr. C. F. R. Heinze, Prof. und Geh. Hofrath zu Leipzig. Das Verhältniß des Reichsstrafrechts zu dem Landesstrafrecht. Mit besonderer Berücksichtigung der durch das norddeutsche Strafgesetzbuch veranlaßten Landesgesetze. Mit Inhaltsübersicht und Index. Leipzig. Edelmann. 1871. 159 S. Okt. 1 Thr. 15 Sgr.

Der Verf. lieferte in seinen „Staatsrechtlichen und strafrechtlichen Erörterungen zu dem Entwurfe eines Strafgesetzbuches für den norddeutschen Bund" 1869 einen sehr werthvollen Beitrag für die Kritik jenes Entwurfs, obschon seine gegen die Rechtseinheit gerichteten Deduktionen in den späteren legislativen Stadien keinen Beifall fanden. Deßungeachtet verdienen seine Ausführungen über das Verhältniß der gesetzgebenden Gewalten des Reiches und der einzelnen Bundesstaaten die Aufmerksamkeit Aller, denen es um eine Klärung und folgerichtige Durchführung der Kompetenzen zu thun war. Diesem Verhältniß ist das vorliegende Werk gewidmet, dessen Studium, wenn man auch den Resultaten nicht überall beitreten kann, jedem, dem es um juristische Klarheit in Betreff des staatsrechtlichen Verhältnisses des Reiches zu seinen Gliedern und der Reichsgesetze zu den Landesgesetzen zu thun ist, nicht genug empfohlen werden kann. Der Verf. prüft an der Hand der von ihm aufgestellten Grundsätze die in den einzelnen Bundesstaaten erlassenen Uebergangsgesetze, wobei gerade einzelne Bestimmungen der k. sächsischen Verordnungen einer verurtheilenden Kritik unterzogen werden.[1]) H. giebt auch eine Uebersicht über die einzelnen Uebergangsgesetze, unter denen nur die für Großherzogthum Hessen und Fürstenthum Lippe-Detmold erlassenen fehlen.

28. Dr. L. Haller. Staatsanwalt zu Hamburg. Das Verhältniß des deutschen Strafgesetzbuchs zu den landesgesetzlichen Strafbestimmungen über den Konkurs. Hamburg. Mauke. 1871. 53 S. Pr. 10 Sgr.

---

[1]) H. hat neuerdings als Referent der I. sächs. Kammer die Ungültigkeitserklärung einzelner Bestimmungen beantragt. Die Kammer hat aber dennoch die Genehmigung ertheilt, — was indessen nach Art. 2 der Reichsverfassung für deren Gültigkeit nicht entscheidend ist.

Dieses Schriftchen giebt gleichfalls eine methodisch klare und folgerichtige Erörterung des Verhältnisses von Reichsstrafrecht und Landesstrafrecht in besonderer Anwendung auf die Strafvorschriften über den Konkurs und den dieselben betreffenden §. 2 Abs. 3 des Reichseinführungsgesetzes. H. kommt in Uebereinstimmung mit der namentlich von Rüdorff (Nr. 19) vertretenen Auffassung zu dem unsers Erachtens zweifellos richtigen Resultat, daß die reichsgesetzlichen Strafvorschriften über den Bankerutt den Landesgesetzen nur insoweit derogiren, als dieselben einzelnen Handlungen mit Strafe bedroht sind, hier also eine wirkliche Ausnahme von der regelmäßigen Wirkung des Reichsrechts vorliegt. H.

Nachtrag.

Während des Druckes des vorliegenden Aufsatzes sind erschienen:

Dr. Berner. Lehrbuch des deutschen Strafrechtes. Sechste umgestaltete Auflage. 582 S. — Was wir bei der Beurtheilung der fünften Auflage dieses Werkes (vgl. oben No. 2.) vermißten, holt diese nach kaum Jahresfrist erschienene neue Auflage in anerkennenswerther Weise nach. In einer für einen deutschen Professor wirklich seltenen Resignation verzichtet er auf sein früheres eigenes System und folgt d. h. nur in dem besondern Theil der Anordnung des Reichsgesetzes. Der allgemeine Theil hat (mit Recht) die frühere Systematik beibehalten. Diese — nach der Vorrede unter dem Beifall Zachariae's vorgenommene — Aenderung sichert der verdienstvollen Arbeit bei den jüngern Juristen den weitern Einfluß in der Praxis und trägt schon für das Studium der alten Wahrheit: non scholae, sed vitae — gebührende Rechnung. Wir begrüßen deßhalb das klassische Werk mit dem Ausdruck größter Anerkennung, indem wir nicht die geringste Besorgniß darüber hegen, daß dem Verf. bei seinen akademischen Vorträgen für die Kritik des Legal-Systems der genügende Raum bleiben wird. —

Dr. Oppenhoff's Kommentar (vgl. oben No. 12.) liegt nunmehr vollständig vor. Die letzte Lieferung giebt auch das Einführungsgesetz für Elsaß-Lothringen vom 30. August 1871 mit Erläuterungen. H.

12.

Ueber die organischen Erzeugnisse

von Göppert.

(Fortsetzung und Schluß des Aufsatzes in dieser Zeitschrift, Band V., Nr. 23, S. 755 ff.)

Aus dem Satze, daß an den abgetrennten Erzeugnissen das Eigenthum der Muttersache einfach fortdauert, ergeben sich zunächst einige minder bedeutende Folgerungen. So z. B., daß bei actiones de peculio, die nach Auflösung des Gewaltverhältnisses gegen den Gewalthaber angestellt werden, in den Bestand des Pekuliums alle von den Pekuliarsachen inzwischen separirten Produkte, aber auch nur diese und nicht z. B. civile Früchte einzurechnen

sind — l. 3 D. quando de peculio XV. 3 (G. S. 246) — so wie, daß die condictiones sine causa mit der Muttersache die von derselben gewonnenen partus und fructus naturales, wie partes rei, aber wieder nicht percipiendos oder civiles fructus ergreifen: was Göppert gegenüber abweichenden oder unbestimmten Aeußerungen andrer gründlich ausführt (S. 247—255). Sodann aber gestalten sich auch die praktisch so überaus häufigen Veräußerungen künftiger Erzeugnisse von Seiten des Eigenthümers durch Verkauf, Verpachtung oder dergl., aus dem Gesichtspunkt der Theilnatur betrachtet, ganz anders, als nach der Theorie von der neuen Sache. Nach der letzteren müßte man jene Geschäfte als Abtretungen des Fruchterwerbrechts auffassen und darnach den Käufer, Pächter u. s. w. die Früchte ipso iure durch Separation oder doch jedenfalls originär (nicht als Rechtsnachfolger des Eigenthümers der Muttersache) erwerben lassen. Statt dessen werden bekannter Maßen nach röm. Recht die Früchte, der Theilnatur entsprechend, vom Käufer, Pächter u. s. w. quodammodo traditione (l. 6 D. de donat. XXXIX. 5), d. h. erst durch eine mit dem Willen des Sacheigenthümers erfolgende Apprehension (Perzeption) erworben; und nicht blos dann, wenn zwischen Separation und Perzeption ein gewisser Zeitraum in der Mitte liegt, sondern auch in dem Falle, wo beide äußerlich zusammentreffen, geht das Eigenthum an der Frucht nur derivativ — durch den Sacheigenthümer hindurch — auf jene Personen über (Beweis: l. 13 §§. 10. 11 D. de act. emt. vend. XIX. 1). Vergl. G. S. 263—270.

Weniger befriedigend, als die hierauf bezüglichen Abschnitte, ist die Ausführung Göpperts, S. 255—263, daß als Usukapionstitel bei Produkten nur in älterer Zeit das Erwerbsgeschäft über die Muttersache, später dagegen immer der Besitz pro suo gegolten habe. Was wäre dies zuletzt anderes gewesen, als eine völlige Preisgebung der Theilnatur des Erzeugnisses? Ist das getrennte Erzeugniß identisch mit der bisherigen pars matris, so muß auch der Besitzer des ersteren sich auf den Erwerbstitel des Ganzen berufen können, wie in der That viele, von Göppert für die „ältere" Meinung angeführte Stellen aussprechen; vergl. G. S. 256. Allerdings wird der Theil mit der Abtrennung eine selbstständige Sache und von da ab eigener rechtlicher Schicksale fähig. Folglich ist nunmehr auch der Beginn einer besonderen Ersitzung an ihm aus dem Titel pro suo möglich. Allein von Interesse ist diese Möglichkeit doch nur da, wo besondere Gründe, wie z. B. Furtivität, die Erstreckung der Ersitzung von der Muttersache auf deren Produkte unmöglich machen. Nur in diesem Sinne nimmt Paulus in l. 4 §. 18 D. de usurp. XLI, 3 eine besondere Usukapion des partus ancillae furtivae an, und auf ähnliche Fälle ist auch die von demselben Juristen herrührende l. 2 D. pro suo XLI, 10 zu beziehen. In einem spätern Abschnitt (S. 346) bestreitet Göppert freilich auch hinsichtlich des Besitzes die Erstreckung des am Ganzen bestehenden Verhältnisses auf die abgesonderten Theile. Er meint, daß dieselben zwar physisch und als Rechtsobjekte identisch mit den ungetrennten partes, aber doch für die Frage nach ihrer thatsächlichen Beherrschung neue Sachen seien und deshalb, um besessen zu werden, erst apprehendirt werden müßten. Aber auch dies ist nicht zuzugeben, wenigstens für alle die Fälle nicht, wo mit der Abtrennung nicht auch eine Aufhebung des physischen Herrschaftsverhältnisses verbunden ist;

denn auch der Wille, der bis dahin auf das Ganze gerichtet war, muß als von selbst den einzelnen Stücken folgend gedacht werden. Sonst müßte jede Sache, die in Abwesenheit des Besitzers zerbricht, der Balken, der ohne seinen Willen zersägt wird, der Apfel, der vom Baume fällt, dadurch besitzlos werden; es müßte das Junge, das 24 Stunden vor Ablauf der Usukapion des Mutterthiers geworfen wird, eben dadurch noch vindicirbar bleiben, während das Mutterthier schon ersessen wäre. Die praktische Unzuträglichkeit dieser Ergebnisse liegt auf der Hand. Sie werden aber auch nicht gestützt durch die von Göppert dafür citirte l. 23 §. 2 D. de usurp.; denn diese besagt nur soviel, daß wenn das abgetrennte Stück ein Gegenstand andrer Art und einer andern (kürzern) Ersitzungsfrist unterworfen ist, als das Ganze, die letztere nicht durch Zusammenrechnung der Zeit vor und nach der Trennung herausgebracht werden darf.

Indem sich Göppert nunmehr in Abschnitt IV. S. 266—319 zu den Fällen des Fruchterwerbs kraft eines ius in re aliena wendet, charakterisirt er nach einer Uebersicht über die mannigfachen hier hervorgetretenen Auffassungen (S. 276—282) zunächst die Rechtsstellung derer, die erst mit der Perzeption Eigenthümer der Früchte werden, d. h. vor Allem des Nießbrauchers. In Bezug auf diesen tritt er vorweg noch zwei Irrthümern entgegen. Erstens protestirt er mit Recht gegen die für Thierjunge oft behauptete Ausnahme, daß sie sofort mit der Separation in das Eigenthum des Nießbrauchers kämen; was neuestens nach dem Erscheinen von Göppert's Buch auch Wächter (in seinem Aufsatz über das schwebende Eigenthum) noch festgehalten hat. In der That reicht als Stütze dieser Ausnahme die immerhin zweifelhafte l. 28 pr. D. de usur. XXII. 1 keineswegs aus. (G. S. 282—286.) — Sodann aber warnt Göppert mit nicht minderem Recht davor, den Eigenthumserwerb des Nießbrauchers davon abhängig zu machen, daß dieser in der Aneignung der Früchte gehörig Maß und Zeit beobachte; auch unwirthschaftliche Fruchtziehung macht den Nießbraucher zum Eigenthümer und nur obligatorisch haftbar: man darf eben die Diligenzschranken nicht aus der cautio usufructuria in den Begriff des frui hinübertragen. (G. S. 288—291.) — Nachdem nun diese Irrthümer beseitigt sind, wird treffend ausgeführt, daß die Perzeption des Usufruktuars demselben das Eigenthumsrecht an den Früchten nicht derivativ kraft einer Tradition von Seiten des Eigenthümers, sondern vielmehr originär kraft des ihm eigenen Rechts auf Fruchtziehung verschaffe (S. 291—296), und ferner, daß ganz dasselbe Verhältniß auch für den Gebrauchsberechtigten und den Inhaber einer Grundgerechtigkeit, soweit denselben die Entnahme von Früchten zusteht, und endlich auch für den antichretischen Pfandgläubiger anzunehmen sei (S. 296 bis 297). Fraglich bleibt dann nur das Eine, ob dieser Erwerb auch als ein sog. absoluter, d. h. als Erwerb einer noch nicht in fremdem Eigenthum gewesenen Sache gelten soll, oder ob bis zur Perzeption die Frucht dem Eigenthümer der Muttersache gehört hat. Göppert entscheidet sich für das letztere und zwar nicht bloß auf Grund des allgemeinen für die Behandlung der Früchte aufgestellten Prinzips, sondern auch wegen der — freilich viel bestrittenen — l. 12 §. 5 D. de usufr. VII. 1 (S. 298—309). In dieser Stelle wird die Frage erörtert, ob bei einer Entwendung der hängenden Frucht vom Nießbrauchsgrundstück die condictio furtiva dem Grundeigen-

thümer oder dem Nießbraucher zukomme. Julian und Marcellus entscheiden im Resultat übereinstimmend zu Gunsten des Grundeigenthümers, und ihnen tritt, wie schon früher Fitting ausgeführt, — aber doch wohl, wie Göppert annimmt, erst von den Worten „verum est enim“ an — auch Ulpian bei; letzterer aber unterscheidet davon noch besonders den Fall, wo das Recht des Eigenthümers der Muttersache bereits zweifelhaft geworden ist: so z. B. wenn beim Vorhandensein von Lücken in der Nießbrauchs-Heerde Junge geworfen und vom Nießbraucher in Besitz genommen, aber bisher weder zur Einrangirung, noch zu anderweitiger Verwendung bestimmt worden sind. In der That ist Göppert im Recht, wenn er aus dieser Entscheidung den Satz ableitet, daß die separirten Früchte bis zur Perzeption allemal dem Eigenthümer der Muttersache verbleiben. Hieraus aber ergiebt sich dann weiter (S. 309—313), daß auch Pfandrechte, die vor der Trennung vom Ganzen bestanden, an der Frucht fortdauern, — nur braucht der Nießbraucher solche, die jünger als sein Nießbrauchsrecht sind, natürlich nicht zu beachten, — sowie, daß Verfügungen des Eigenthümers über die Früchte auch nach der Separation durchaus giltig und wirksam sind; doch muß man ihre Wirksamkeit mit der durch den Nießbraucher vollzogenen Aneignung in gleicher Weise wie bei bedingt vermachten Sachen, erlöschen lassen.

Nach Erledigung der Perzeptionserwerbe bleibt noch der eine Fall zu erörtern, in welchem ein Fruchtberechtigter das Eigenthum unbestreitbar (arg. l. 25 §. 1 D. de usur. XXII. 1) schon mit der Separation erwirbt, das ist der Fall des Emphyteuta. (G. S. 313—319.) Zu erklären ist diese Eigenthümlichkeit blos als Privileg und etwa durch die von Göppert versuchte historische Anknüpfung an das eigenthumsähnliche Recht des Provinzialgrundbesitzers. Was aber seinen rechtlichen Charakter angeht, so geschieht dieser Erwerb natürlich, ebenso wie der des Usufruktuars, originär und zugleich ebenfalls nicht an einer neuen, sondern an einer schon vorher (als pars fundi) in fremdem Eigenthum gewesenen Sache; weshalb denn z. B. die vor der Separation am Grundstück bestellten Pfandrechte auch an den Früchten haften, aber gegen ein älteres emphyteutisches Recht machtlos sind.

Wenn sich der Abschnitt IV. mit Fragen beschäftigte, die großentheils bisher noch Niemand angeregt und erörtert hatte, so geht der folgende fünfte auf einen unendlich viel bestrittenen Gegenstand über: das Fruchtrecht des redlichen Besitzers.

In dieser Lehre stellt sich Göppert auf die Seite von Savigny und Windscheid, die bekanntlich dem bonae fidei possessor das Eigenthum der separirten Früchte absprechen, und zwar, wie man nach sorgfältiger Prüfung anerkennen muß, mit vollem Recht. Den Grund für die Entwickelung seiner Ansicht legt Göppert zunächst durch eine Widerlegung der herrschenden Theorie, gegen welche sich in der Hauptsache nur die schon von Windscheid vorgebrachten Bedenken in eigener Fassung und Motivirung wiederholen ließen. (G. S. 321—344.) So wird denn daran erinnert, daß es dem Eigenthumserwerb des bon. fidei possessor an innerer Rechtfertigung und an jeder Analogie fehle (S. 322—328), daß die Gesetzesstellen vom redlichen Besitzer niemals die Worte fructuum dominus est oder dergleichen, sondern immer nur unbestimmte Wendungen, wie fructus suos facit und ähnliche brauchen (S. 328—329), daß sie auch dies suos facere keineswegs immer an die

Separation, sondern eben so oft an die Perzeption oder gar an die Konsumtion anknüpfen (S. 330—332), daß die zwei hauptsächlich für das Eigenthum des bon. fid. possessor ins Feld geführten Stellen (l. 28 pr. D. de usur. XXII. 1 und l. 1 §. 2 D. de pign. XX. 1) beweisunkräftig und jedenfalls von keinem größeren Gewicht sind, als andre, die ihm das Eigenthum absprechen (S. 332—336), daß genau gesehn auch keine praktischen Folgesätze aus dem angeblichen dominium abgeleitet werden (S. 336 bis 340), und daß endlich der Annahme eines solchen direkt entgegensteht die anerkannte Möglichkeit einer Usukapion der Früchte durch den bonae fidei possessor (S. 240 — 344). — Wenn nach alledem das Eigenthum des bonae fidei possessor an den Früchten unannehmbar wird, so ist der wahre Sinn jener Wendungen fructus suos facit u. dergl. vielmehr folgender (S. 344—370). Der Satz, daß der redliche Besitzer fructus separatione oder percipiendo suos facit — selten wie er vorkommt, erklärt sich zur Genüge schon nach Windscheid aus der Befugniß zur Konsumtion ohne Ersatzpflicht. Daneben macht Göppert noch mit gutem Grund auf die mit jenen Zeitpunkten gegebene Zuständigkeit besondrer Klagen wegen der Früchte aufmerksam, namentlich der actio Publiciana, der actio furti und der condictio (possessionis). Nur ist hier wieder Göppert darin nicht beizutreten, daß es nach der Abtrennung der Früchte immer noch eines besonderen Akts zur Erwerbung ihres Besitzes bedürfe: die Theilung der Muttersache, wenn sie nicht mit Apprehension von Seiten eines Dritten verbunden ist, ist eben kein in contrarium actum, wodurch der bisherige Besitz aufgehoben würde. — Was aber sodann den weiteren Satz anbelangt, wonach der bonae fidei possessor dem Eigenthümer zwar die fructus exstantes, nicht aber die durch Konsumtion von Früchten gewonnene Bereicherung herauszugeben hat (fructus consumtos suos facit), so ist eben ersteres als eine Folgerung aus der Theilnatur der Erzeugnisse, letzteres dagegen nach Göppert nicht anders, denn als eine positive Begünstigung des bon. fid. possessor beim Fruchtgenuß zu begreifen. Die Meisten freilich betrachten die Nichthaftung des bonae fidei possessor für fructus consumti nur als eine einzelne Anwendung von seiner Nichthaftung für irgend welche bona fide konsumirte Sache überhaupt und fassen dabei die Konsumtion im weitesten Sinne als Verbrauch, einschließlich der Veräußerung gegen Entgelt.

Nur Windscheid weicht davon insofern ab, als er den Begriff des consumere auf ein Verzehren der Substanz einschränkt, und bei einer entgeltlichen Veräußerung den bon. fid. possessor dem Eigenthümer, der die Vindikation gegen den Dritten eingebüßt hat, mit einer condictio auf das erzielte Aequivalent haften läßt. Dieser letzteren Behauptung nun tritt Göppert mit Recht bei, indem er diese condictio als eine subsidiarische Klage auf den erhaltenen **Preis** der gegen den possessor pro herede direkt gegebenen hereditatis petitio auf die noch vorhandene Bereicherung scharf gegenüber stellt (S. 356—360). Andrerseits aber betont er, daß diese Klage in Ansehung der **Früchte**, die der bon. fid. possessor ja, si consumsit, **lukriren** soll, wegfallen müsse und findet eben darin den von Windscheid übersehenen Unterschied zwischen der Behandlung der Früchte und derjenigen andrer bona fide besessener Gegenstände (S. 361). Eine bloße Konsequenz davon ist es dann, daß auch der Dritte, der vom bon. fid. possessor die

Früchte oneros erworben hat, sich gegen die Vindikation des Eigenthümers mit einer exceptio doli muß schützen können, sofern er sonst im Regreßwege dem bon. fid. possessor dasjenige, was dieser eben gewinnen soll, oder gar noch mehr, würde abfordern können (S. 361—363). In allen diesen Ausführungen, gründlich und scharfsinnig, wie sie sind, wird man sich Göppert anschließen dürfen; nur darin ist ihm nicht beizutreten, daß jene condictio des um seine Vindikation gekommenen Eigenthümers gegen den bonae fidei possessor, der veräußert hat, singulär sei und auf ausnahmsweiser Billigkeits-Erwägung beruhe (S. 361). Denn da der Untergang der Vindikation gegen den dritten Erwerber — in Folge von Ersitzung oder dergl. — zugleich von selbst die Befreiung des bon. fid. possessor als auctor von seiner Eviktionspflicht nach sich zieht, so ist darin eine (mittelbare) Bereicherung ohne Grund schon iure communi zu finden.

Schließlich sucht Göppert noch die ratio für die Begünstigung des bon. fid. possessor hinsichtlich der Früchte in der wirthschaftlichen Bedeutung derselben, kraft deren der Perzipient sie zu verkaufen und den Erlös als seine Revenue zu betrachten pflegt; die condictio des Eigenthümers auch auf diesen Fall auszudehnen, hätte hart erscheinen und einen bon. fid. possessor, je mehr Früchte er dem Grundstück abgewonnen, um desto eher ruiniren müssen (S. 363—367). Eben darum kann diese Begünstigung auch nicht länger dauern, als die bona fides selbst; mala fides superveniens muß wie den Beginn einer neuen Usukapion der Früchte, so auch die Befugniß zur Konsumtion derselben ausschließen (S. 367—370).

Es bleibt der sechste und letzte Abschnitt des Werkes übrig, welcher dem Pfandrecht an der Muttersache und deren Erzeugnissen gewidmet ist (S. 370 bis 405), ein Abschnitt, dessen Haupt-Inhalt durch die bisherigen Feststellungen Göppert's mit Bestimmtheit gegeben ist, der aber doch bisher mehr Widerspruch erfahren hat, als irgend ein andrer (s. z. B. den Aufsatz in dieser Zeitschr. Bd. V. S. 313 ff. von Johow, die Dissertation von Zoltowski, de pignore rei frugiferae Berol. 1870 u. a. m.). — In §. 1 wird zunächst ausgeführt, daß bei Verpfändung der Muttersache auch das separirte Erzeugniß in der Pfandhaftung verbleiben müsse. Dies wird denn auch durch zahlreiche Stellen der Pandekten wie des Kodex bestätigt und die einzige Stelle, die zu widersprechen scheint (Paul. Sent. Rec. II. 5 §. 2) ist, wie schon Huschke, Dernburg u. a. m. glaubhaft gemacht haben, durch die westgothischen Kompilatoren verunstaltet. Eine neue, etwas künstliche Vermuthung darüber s. bei Göppert S. 378. — Wenn nun aber — fährt §. 2 fort — dieser Uebergang des Pfandrechts von den meisten anerkannt wird, so legen sie ihm doch den falschen Grund einer tacita pactio unter. Sie gelangen von da aus zu der Konsequenz, daß nur die noch vom Verpfänder oder dessen Erben erworbenen Früchte dem Pfandgläubiger haften, dagegen die bei ihrer Trennung in das Eigenthum eines Dritten gefallenen vom Pfandnexus frei sind. Dem gegenüber folgert Göppert aus seiner Grundauffassung mit Recht, daß die Erzeugnisse eines Pfandobjekts völlig unabhängig von jedem Eigenthumswechsel, wie und wo sie separirt werden mögen, verpfändet bleiben. Diese allgemeine Fortdauer des Pfandrechts ist in vielen Stellen vorausgesetzt; für die beschränkende Auffassung der Gegner ist eigentlich nur l. 29 §. 1 D. de pign. XX. 1 anzuführen, aber auch

diese ist, sei es, daß man ihren Widerspruch mit andern Stellen zugiebt und sie darnach mit diesen für wechselseitig aufgehoben erachtet, sei es, daß man, wie Göppert, sie durch Interpretation entkräften zu können glaubt, jedenfalls nicht allein beweisend (S. 383—387). Eine besondre Betrachtung macht hiernach noch das Verhältniß des Faustpfandgläubigers nöthig (§. 3), insofern es bekanntlich streitig ist, ob er an den von ihm perzipirten Früchten nicht etwa Eigenthum erwerbe. Indessen ist die dahin gehende Behauptung, wie ohne Anhalt in den Quellen, so auch aus der Natur der Sache nicht abzuleiten. Vielmehr führt diese, wie Göppert klar darthut, nur dahin, dem Pfandgläubiger neben seinem Pfandrecht an den Früchten noch ein Veräußerungsrecht zuzuschreiben, das aus seiner Stellung als Verwalter der Sache für den Verpfänder entspringt (S. 387—392). Endlich folgt noch eine Erörterung der Pfandklagen auf partus und fructus (§. 4 S. 392—405). Hier tritt Göppert zunächst wieder Denjenigen entgegen, welche schon für das klassische Recht eine vis attractiva des Prozesses um die Muttersache auf die Früchte behaupten, er geräth aber dabei in Konflikt mit l. 16 §. 4 D. de pign. XX. 1, in welcher Stelle er „nisi extent" in „etsi extent" verwandeln will. Ueber die Zweifelhaftigkeit dieser Frage ist schon in Band V S. 762 gesprochen worden. Sieht man hiervon ab, so muß aus den aufgestellten Grundprinzipien gefolgert werden, was auch die Quellen bestätigen: daß noch vorhandene Erzeugnisse einer Pfandsache mit einer separaten actio hypothecaria abgefordert werden können, gleichviel bei wem sie getrennt sind und sich jetzt befinden (l. 1 pr. D. de Salv. interd. XLIII. 33) und daß eine Klage des Pfandgläubigers auf Ersatz der fructus consumti zwar nicht als condictio gegen jeden, der mit Kenntniß vom Pfandrecht konsumirt hat, wohl aber als hypothecaria gegen den, der dolo fecit quominus possideret, zu begründen ist. Den Schluß bildet eine Auslegung der schwierigen l. 1 §. 2 D. de pign. XX. 1, die eben wegen ihrer Zweifelhaftigkeit für keine einzelne Theorie entscheiden kann.

Fassen wir hiernach unser Urtheil über Göppert's Schrift noch einmal kurz zusammen, so ist es nicht zu viel gesagt, daß sie die Grundprinzipien für die Behandlung der Erzeugnisse im Sachenrecht zum ersten Male, aber auch zugleich endgiltig festgestellt und dabei eine Fülle von Details mit seltener Gründlichkeit entwickelt und mit musterhaftem Scharfsinn beurtheilt hat.

Prof. Eck.

13.

von Hahn, Prof. Dr., Oberappellationsgerichts-Rath in Jena. Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch. 2. Aufl. Bd. 1. Abth. 1. (Braunschweig 1871. Friedrich Vieweg und Sohn.)

Von der ersten Ausgabe dieses Werkes erschien der erste Band, enthaltend Art. 1—270 des H.-G.-B.'s im Jahre 1863; der zweite Band, enthaltend Art. 271—431 im Jahre 1867. Diese Zögerung in der Vollendung konnte auf die schnelle Verbreitung des Werkes nicht ohne nachtheilige Folgen bleiben, es mag deshalb in dieser Beziehung von andern mit Anmerkungen und Erläuterungen versehenen Augaben des Handelsgesetzbuches

überholt sein, fragt es sich um den Einfluß, welcher auf die Rechtsprechung ausgeübt worden ist, um das Ansehen, das Gewicht, welches die zahlreichen Kommentare, mit Recht oder Unrecht als solche sich bezeichnend, in den Gerichtshöfen erlangt haben, so steht hier das v. Hahn'sche Werk bei Weitem an der Spitze.

Wenn der Richter mit Vorliebe den v. Hahn'schen Kommentar zu Rathe zieht, so glaube ich als einen der Gründe hierfür angeben zu dürfen, daß in vorzüglichster Anordnung am Ort stets dasjenige gesagt und entwickelt ist, was daselbst gesucht werden darf; daß der Rathgeber, wenn nicht unmittelbar Entscheidung und Aufschluß gebend, eine so sichere, klare, bestimmte Grundlage bietet, daß in dem zur Entscheidung vorliegenden Fall vorbereitet eingetreten werden kann.

Die jetzt im Erscheinen begriffene zweite Auflage des Werkes enthält in ihren ersten Halbbänden die Art. 1—115.

Als eine Bereicherung und Erweiterung ist hervorzuheben die Bezugnahme auf die Einführungsgesetze und die Rechtssprechung; es erscheint überflüssig hinzuzufügen die gesichtete Erläuterung und Verknüpfung derselben mit dem Gesetzbuch.

Verglichen mit der ersten Auflage sei auf folgende wesentliche Abänderungen und Zusätze hingewiesen:

Art. 1. §. 2—10. 15, sowie sämmtliche Anmerkungen. Art. 4. §. 2. 3. 6. 9. Art. 5. §. 3. 5. Abth. 2. Akg. 6. Art. 7. Akg. 2. Art. 10. Akg. 2. §. 3—5. 18. Vorbem. S. 67. Akg. 11. 12. §. 12. Art. 12. §. 5—7. Art. 15. §. 3. a, b. Akg. 2. Art. 16. Nr. 1. §. 7. Akg. 5. 6. Art. 19. §. 2. Art. 21. ganz. Art. 22. Akg. 3. 4. §. 8. 10. 11. Art. 24. §. 3. 4. Art. 27. Nr. 2. 4. 5. Vorbem. S. 117, §. 3. Art. 28. §. 3. Abth. 1. Art. 34. 35. in §. 6. Akg. 1, in §. 8. Akg. 5. 6. §. 18. a. b. Nr. 14. §. 24. Art. 37. Akg. 2. Art. 38. §. 1. Schluß. Vorbem. S. 156. §. 6. 7. Akg. 2. Art. 41. Akg. 3. 4. Abth. 2. 3. §. 4. Akg. 5. 6. Art. 42. Akg. 2. §. 4. am Schluß §. 5. Art. 43. §. 2. 3. Art. 47. Akg. 2. §. 11—15. Art. 50. §. 2. Akg. 5. 6. 9. Art. 56. §. 3—7. Art. 61. §. 2. Art. 62. Akg. 1. §. 2. Akg. 6. Art. 63. Akg. 1. Art. 69. §. 1. 2. Akg. 3. §. 5. 6. Art. 76. Akg. 1. Art. 77. §. 7. 9. Art. 78. §. 3. Art. 80. §. 1. Art. 81. §. 2. 3. Art. 82. §. 8. Art. 83. §. 1. 2. a. b. Art. 84. §. 4—6. Art. 85. Akg. 1. 2. §. 2. 4. Art. 90. §. 3. Art. 91. Akg. 1. a. b. 2. Art. 92. §. 6—7. Art. 93. Akg. 1. 3. in §. 9. Art. 97. §. 1. 2. 3. § 4. a. b. Vorbem. S. 307. Akg. 1. 2. 5. §. 9. aA. Art 100. §. 2. Art. 101. ganz. Art. 102. Akg. 1. Art. 104. Akg. 1. Vorbem. S. 3. 22. Akg. 1. 4. Art. 108. §. 6. Art. 110. Akg. 1—4. Art. 111. §. 4. Art. 112. Akg. 5. 6. Art. 114. Akg. 2. 3.

Die gegen die erste Auflage gerichteten Meinungsäußerungen, welche v. Hahn zur Aenderung seiner hierher ausgesprochenen Ansicht anregen oder veranlaßten durften, haben in offener Weise ihre ehrende Anerkennung und Berücksichtigung gefunden; ungerechtfertigte Angriffe sind dagegen auch in gebührender Form abgewiesen.

Wenn hiermit auf das Erscheinen der zweiten Auflage des bedeutsamen Werkes aufmerksam gemacht ist, so sei der Wunsch ausgesprochen, daß die Fortsetzung schnell folgen und erst mit dem fünften Buch „Vom Seehandel“ seinen Abschluß finden möge.

Nachdem bereits Anfangs d. J. die vorstehenden Zeilen geschrieben waren, ist jetzt (Mai 1872) auch die zweite Hälfte des ersten Bandes, — enthaltend Art. 116—270 Hgb's., — Vorrede und Einleitung erschienen.

Es seien wiederum diejenigen Stellen der zweiten Auflage verzeichnet, welche gegen die erste Auflage des Werkes Abänderung, Umarbeitung und Zusätze erfahren haben.

Einl. §. 14 und 15 neu. Einl. §. 19 früher 16 umgearbeitet. Einl. S. LXI. ff. Reichseinführungsgesetz. Art. 110. Note 1—4. Art. 111. §. 4. Art. 112. N. 5. 6. Art. 115. §. 5. a. E. §. 7. 9. 10. Art. 116. N. 2. Art. 117. N. 1. 2. Art. 118. §. 1. a. E. N. 1. 2. §. 4. Art. 120. N. 1. Art. 121. §. 4. 5. 8^b. §. 11. Art. 122. §. 2. N. 2. 12—37. Zus. S. 417. §. 3. Art. 123. N. 1—5. 8—10. Art. 125. N. 5. §. 11. 12. Art. 126. §. 2. 3. Art. 128. §. 2. 6. Art. 129. §. 4—6. Art. 130. N. 1. Art. 131. a. E. N. 1. 2. Zus. S. 447. N. 2—4. Art. 133 §. 1—4. §. 5. N. 2. §. 10—12. Art. 135. §. 2. Art. 137 §. 2. N. 4. 7. §. 6—10. Art. 138. Art. 141. N. 1. 2. Art. 142. §. 1. 2. 4. 5. Art. 143. §. 1. a. E. Vorbem. S. 477. N. 1. 2. Art. 146. §. 3. 7. Art. 148. Art. 150. N. 1. 2. 4. Art. 158. §. 3. 4. Art. 163. N. 6. §. 10. Art. 165. N. 7. 8. 11. Art. 170. N. 1. 2. §. 4. Art. 171. N. 1. Art. 172. §. 4. 5. Vorbem. S. 532. — 541. Novelle. Art. 173. N. 1. 3. §. 2. a. E. N. 5. 6. Vorbem. 177. §. 2. Abs. 2. N. 1. Art. 180. §. 8.—12. Art. 193. a. E. Art. 199. §. 3. 4. Art. 206. §. 1—5. Vorbem. S. 586. Art. 207^a. §. 1—7. Art. 208. §. 8. 12. N. 5. 7. 9. Art. 209. §. 3. 4. 6. Art. 209^a. Art. 209^b. §. 1—4. Art. 209^c. Art. 210^a. §. 1—3. Art. 211. §. 2. 6. Art. 214. §. 1—7. 11. Art. 215. §. 6—8. Art. 216. §. 4. Art. 217. §. 5. a. E. 8. Art. 218. §. 2—4. Art. 222. §. 5. Art. 224. §. 3. Art. 225. Art. 225^a Art. 225^b. Art. 231. N. 2. Art. 239. §. 1. 2. Art. 239^a. §. 1—5. §. 12. Art. 244. §. 1—4. Art. 245. §. 1. 2. Art. 247. N. 1. Art. 248. §. 3. Art. 249. alt. §. 3. 4. Art. 249. neu. Art. 249^a. Art. 257. N. 1. Art. 259. N. 4.

Von größter Bedeutung ist diese zweite Abtheilung, weil sie das Gesetz betreffend die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften vom 11. Juni 1870 umfaßt.

Eine feste Grundlage ist für die Auslegung dieses Gesetzes gegeben und zwar in Zusammenhang mit den in Geltung gebliebenen älteren Bestimmungen des Handelsgesetzbuches.

Hat sich der Handelsstand des Gesetzes vom 11. Juni 1870 in ausgedehnter Weise zu seinem Vortheil bemächtigt, so möchte von ihm auch jetzt das vorliegende Werk zur Hand genommen werden, um aus demselben zum Verständniß des ausgenutzten Gesetzes zu gelangen.

Keyßner.

Bibliographie.

Gimmerthal, Theod., Kreisger.-Sekretair a. D. Die publicianische Klage und die Manzipation. Eine römisch-rechtl. Abhandl. Bremen 1872. Verl. von J. Kühtmann. VIII. u. 137 SS. 12.

Eichhorn, Herm. Dr. Das Ehehinderniß der Blutsverwandtschaft nach kanonischem Recht. In seiner geschichtlichen Entwicklung aus den Quellen bearbeitet und übersichtlich dargestellt. Breslau. Schletter'sche Buchhandlung. 1872. 35 SS. 8.

Jäger, Carl, Dr. Die Entstehung des ehemännl. Nießbrauchs. Inauguraldiss. Halle. Buchdruckerei des Waisenh. 1872. 40 S. 8.

Kleinschmidt, Hofrath, Rechts-Anw. u. Notar. Deutscher Juristen-Kalender. Uebersicht des in den einzelnen Staaten des deutschen Reichs und in der österreichischen Monarchie geltenden Rechts mit vorzugsweiser Berücksichtigung der zivilprozeßrechtlichen Vorschriften sowie des bestehenden Konkurs- und Akkordverfahrens in Handelssachen unter Entwicklung des Organismus der Justiz und Verwaltungsbehörden, und unter Beigabe eines Verzeichnisses sämmtlicher Staats- und Rechtsanwälte, Notare, bezügl. Gerichtsvollzieher im deutschen Reich und in Gesammtösterreich nach offiziellen Quellen. Nebst einem für den Gebrauch auf kaufmännischen Komptoiren und juristischen Expeditionen eingerichteten, in allen Staaten anwendbaren Kalender. Erste Hälfte. Leipzig. Serbe'sche Buchh. groß. 8.

Staudinger, Dr. J. Die Einführung norddeutscher Justiz-Gesetze in Bayern. Erste Abth. 3. Liefer. Erlangen. Verl. von Palm u. Enke. 1872. 8.

Verhandlungen des zehnten deutschen Juristentags. Erster Band. Berlin 1872. Kommissionsverl. von J. Guttentag. — Inhalt: Soll die Entscheidung über die richtige Anwendung der Landesgesetze den obersten Landesgerichten überlassen und nur die Entscheidung über die richtige Anwendung der Reichsgesetze dem höchsten Reichsgericht zugewiesen werden? Gutachten von Zachariae, v. Grodbeck, Becker, Bähr. — Soll in den Strafgerichten höchster Ordnung an die Stelle des Gerichtshofes und der Jury ein einheitliches Kollegium von Juristen und Laien treten? — Gutachten von Stökel, Wetzki, Ullmann. — Soll auch, abgesehen von Handelssachen, die Gültigkeit der Verträge von der Beobachtung der schriftlichen Form unabhängig sein? Gutachten von Harum und v. Feistmantel. — Ist es angemessen, daß durch die Subhastation sämmtliche auf dem subhastirten Grundstücke ruhenden Hypotheken fällig werden. Gutachten von Struckmann und Johanny. — Soll die Zeugnißpflicht in Kriminalsachen so lange nicht anerkannt werden, bis die Untersuchung die Richtung gegen eine bestimmte Person genommen hat. Gutachten von Lewald.

Juristische Wochenschrift. Organ des deutschen Anwaltvereins. Herausg. von Hänle und Johannsen. Berlin. Verlag der Weidmannschen Buchhandlung. 1872. Nr. 7—22. Darin u. A.: Levy, Glossen zum Entw. der deutschen Civilprozeßordnung. — Bocke, Ehel. Güter- und Erbrecht in Deutschl. — Mittelstädt, Einfluß der Institution des obersten Reichsgerichts auf dem Rechtsmittelsystem u. A.

Entscheidungen des Reichs-Oberhandelsgerichts. Herausgegeben von den Räthen des Gerichtshofes. IV. Band. Heft 3 und 4. Erlangen. Ferd. Enke. 1872. 8.

Stegemann, A. Anwalt. Die Rechtsprechung des deutschen Oberhandelsgerichts zu Leipzig. Dritter Band. 2. Heft. Berlin. Verl. von J. Guttentag (D. Collin). 1872. 8.

Busch. Archiv für die Theorie und Praxis der allg. deutschen Handelsrechts. Bd. 24 Heft 3 und 4. Handelsrechtl. Entscheidungen des Reichs-Oberhandelsgerichts und aus Bayern. — Dasselbe. Band 25. Heft 1 und 2. Küffner, Kompetenzfeststellung für Handelssachen in Bayern. — Billnow. Gesetzliche Zinsen sind bei allen Fungibilien zuläßig. — Dritte Uebersicht der Gesammtliteratur des Handelsrechts und der verwandten Materien. — Handelsrechtl. Entscheidung aus Bayern und dem Königreich Sachsen. Leipzig. Arnoldi'sche Buchhandlung. 1872. 8.

Groß, C., Amtsger.-Ass. Die Erkenntnisse des Reichsoberhandelsgerichts. Nach den Artikeln des H.-G.-B.'s und der W.-O. system. zusammengestellt. Cassel. Verl. von Aug. Freischmit. 1872. 1. Heft. 35 SS. 8.

Hartmann. Centralorgan für das Handels- und Wechselrecht. Neue Folge. VIII Bd. 2 Heft. Inhalt: Ueber die Wirksamkeit der französischen Wechselmoratoriumsgesetze. — Rechtsfälle. — Literar. Anzeigen.

Striethorst. Archiv für Rechtsfälle. 3. Folge. 3. Jahrg. 2. Band. Des Ganzen 82. Band. Berlin. Verlag von J. Guttentag (D. Collin). VI. und 394 SS. 8.

v. Rönne, Dr. Ludwig von, Appell.-Ger.-Vice-Präs. a. D. Das Staatsrecht der preuß. Monarchie. Dritte vermehrte und verbesserte Aufl. In 2 Bänden. (18 Lieferungen.) Leipzig. F. A. Brockhaus. 1872. XII und 836, XVII und 923 SS. gr. 8.

Allg. Ger.-Zeitung für das Königr. Sachsen und die großherzogl. und herzogl sächs. Länder. Herausgegeben von Dr. F. G. Schwarze in Dresden. XVI. Jahrg. 3. Heft. Schwarze. Bemerkungen aus der Spruchpraxis. Entscheidungen des K. Ober.-Appell.-Ger. zu Dresden.

Dieselbe. 4. Heft. Siebdrat: Der Juristentag nnd das Schöffengericht. Bartsch. Ueber die Verurtheilungen bei Eigenthumsdelikten. — Entscheidungen des K Ober-Appell.-Gerichts zu Dresden.

Allg. österr. Gerichtszeitung. Verantwortl. Redakteur Dr. R. Nowack. Wien. J. G. Manz. — N. F. IX. Jahrg. Febr. bis April Nr. 10—35. Darin u. A. Exner: Polem. Erörterungen z. österr. Tabularrecht (Nr. 10). — Randa. Polem. Beiträge z. Lehre v. d. Publicität der öffentl. Bücher (Nr. 33—35). — Pavliczek. Gegenst. d. condictio causa data causa non secuta (Nr. 24—26). — (Ungem) Art. 7 des H.-G.-B.'s und der kaufm. Konkurs (15—17) — Grünhut. Die österr. Regierungsvorlage vom Jahre 1872 über Erwerb und Wirthschaftsgenossenschaften (Nr. 30—32.) — Heinze. Sicherstellung für den Angekl. im engl. Verfahren (Nr. 10—14). — Wahlberg. Zur Kritik des Gesetzentwurfs betr. die zeitweise Einstellung der Geschworenengerichte (Nr. 19, 20) — Rosas. Reichsgericht und Verwaltungsgerichtshof (Nr. 27—29).

Schneider, Dr. Franz, Oberger.-R. Die Berg-Gerichtsbarkeit auf Grund der Gesetze und Einrichtungen der im Reichsrath vertretenen Königreiche und Länder der österr. ungar Monarchie. Prag 1872. J. G. Calve'sche Universitätsbuchhandl. VIII und 88 SS. 8

Archivio giuridico. Diretto du Fil Serafini. Bologna. Tipi Fava e Garagnani. Vol. IX. Fasc. 1—3. Errera. Freiheit der Versicherung. — Pezzamiglio. Ueber die Gesetzentwürfe des Ministers de Falco betreffend die Gerichtsverfassung und die Juri. — Vidari. Das Erkenntniß des Turiner Cassationshofes vom 6. März 1872 (über das französ. Wechselmoratorium). — Morpurgo. Die rechtliche Stellung der Fremden in Italien während des Mittelalters. — Ferrari. Die Verfassung des deutschen Reiches. — Manfredini. Ueber Präventivhaft.

Revue de droit international et de législation comparée par Asser, Rolin Jaequemins, Westlake. 4 Année. Nr. 1. Darin u. A. Brocher les principes naturels du droit de la guerre. — Geyer. La législation autrichienne de 1870. — Wladimirow. Étude sur l'organisation du jury de Russie.

Abhandlungen.

XIII.

Die deutsche Literatur des römischen Rechts im Jahre 1871.

Vom Herrn Professor Dr. Göppert in Breslau.

Es ist gewiß eine bemerkenswerthe Thatsache, daß die außerordentliche Kraftanstrengung, welche unserm Vaterlande durch den französischen Krieg auferlegt wurde, möglich war, ohne daß in der stillen wissenschaftlichen Arbeit eine erhebliche Stockung eintrat. Auch auf dem Gebiete des gemeinen Civilrechts, über dessen jüngste Fortschritte hier berichtet werden soll, ist im Jahre 1871 die literarische Produktion keine geringe gewesen. Es mögen wohl die meisten dieser Schriften schon vor dem Ausbruch des Kriegs begonnen worden sein; aber ihre letzte Ueberarbeitung mindestens muß in die Zeit des Kampfes mit dem äußeren Feind und des Ringens um die nationale Einigung gefallen sein.

Es bringen übrigens gerade die großen Ereignisse der nächsten Vergangenheit den Romanisten einen besonderen Antrieb zu eifriger Pflege ihres Arbeitsfeldes. Der Gedanke, die erzielte politische Einigkeit müsse die Beseitigung der trennenden Verschiedenheit des bürgerlichen Rechts nach sich ziehen, soweit sie nur historisch bedingt, nicht durch wirkliche Stammes-Eigenthümlichkeiten gerechtfertigt ist, dieser Gedanke gewinnt unleugbar trotz des §. 2 der Reichsverfassung täglich an Ausbreitung. Diese Rechtsausgleichung aber erheischt eine gemeinsame Kodifikation, und daß nach ihr der Zug der Zeit jetzt in ganz anderer Stärke geht, als nach den Jahren 1813—15, das können sich auch prinzipielle Gegner

der Kodifikation nicht mehr verbergen. Das eine Decennium bis dahin, oder seien es auch zwei, wird die letzte Glanzzeit unseres Faches sein. Mag man darüber streiten, ob unsere gemeindeutsche Rechtswissenschaft im Ganzen dem Schicksal verfallen wird, welches die Jurisprudenz bisher überall unmittelbar nach Kodifikationen getroffen hat, ob sie ähnlich eine gewisse Zeit lang flügellahm und ohne geistige Kraft dem neuen oder neugeformten Stoff gegenüber stehen wird. Wenn an diesem sich wirklich sofort eine neue wahre Rechtswissenschaft bilden sollte, so wird doch das römische Recht, auf den Rang einer Einleitungs- und Hülfsdisciplin zurückgedrängt, nicht mehr wie bisher noch immer einen so großen Theil von den geistigen Kräften auf sich vereinigen, welche sich überhaupt der Kultur des Rechts widmen. Jetzt aber handelt es sich darum, den uns anvertrauten Stoff zur möglichsten Vollkommenheit zu führen und für die Aufnahme in jenes zukünftige Gesetzbuch vorzubereiten. Jede Arbeit über das gegenwärtige gemeine Recht ist eo ipso zugleich eine Arbeit de lege ferenda. Wieviel bleibt noch zu leisten, ehe wir mit voller Beruhigung den Bestand unseres Wissens in Gesetzbuch-Paragraphen würden fixirt sehen können. Es kommt gewiß nicht darauf an, daß in so und so viel §§. das reine römische Recht getreulich wiedergegeben werden kann, wie es ganz zuverlässig wirklich gewesen. Gegenüber den traditionellen Lehren erlangen wir aber erst durch den Nachweis, sie seien im corpus juris nicht begründet, die Möglichkeit richtiger Kritik, die Möglichkeit klarer Erwägung, ob diese Lehren, des Nimbus historischer Begründung entkleidet, wenigstens innerlich gegerechtfertigt sind oder nicht. Andererseits soll die an dem römischen Recht erwachsene juristische Bildung, so lange wir sie noch besitzen, bei den unbezweifelt modernen Schöpfungen zu richtiger Erfassung und Gestaltung verhelfen. Gerade bei der letzteren Aufgabe zeigt sich einstweilen noch ganz vorzüglich die Schwäche unserer nationalen Begabung für die Rechtswissenschaft; aber auch die erstere Richtung unserer Bestrebungen ist noch unendlich weit von einem Abschluß entfernt. So muß denn jede neue Behandlung schwebender Fragen, jede Bearbeitung bisher vernachläſsigter Rechtstheile oder Einzellehren gegenwärtig doppelt willkommen geheißen werden, auch wenn sie unserer Meinung nach noch kein endgültiges Resultat liefern oder der gefundenen Wahrheit noch nicht zur allgemeinen Anerkennung zu verhelfen geeignet sind, sofern sie nur wenigstens einen Fortschritt darstellen in unserm Streben nach der Lösung des ventilirten Problems oder nach der endlichen Befestigung der richtigen Anschauungen. Eine gewisse Anzahl solcher Fortschritte wenigstens können wir auch aus dem verflossenen Jahre registriren,

während wir zugeben müssen, daß abschließende Arbeiten nur sparsam gewesen sind und eigentlich bahnbrechende und epochemachende Leistungen fehlen, welche als wissenschaftliche Thaten bezeichnet werden könnten.

1.

Bei unserer prüfenden Umschau beginnen wir billig mit der Frage, was für die Grundlage unserer Studien, die Rechtsquellen, geschehen ist: Leistungen, deren Verdienst nicht nach Gebühr allgemein empfunden und anerkannt wird, obgleich selbst der banausischen Anschauung die ungeheuere Arbeitsmasse und Mühe imponiren sollte, welche Arbeiten dieser Art erheischen.

Die Vollendung der großen Pandekten-Ausgabe von Mommsen gehört noch 1870 an. Im letzten Jahre ist nur die Weidmann'sche Handausgabe des Corpus juris weitergeführt worden, in welcher die Institutionen von Krüger, die Digesten von Mommsen auf der Grundlage jener größern Edition besorgt worden sind. Ihre Fortsetzung wird uns auch Codex und Novellen in neuer, dem heutigen Stande der philologischen Kritik entsprechender Gestalt (beim Codex von Krüger) bringen. Es wird nach ihrer Vollendung diese Ausgabe der dann in ihrer bisherigen Beschaffenheit als veraltet zu betrachtenden Kriegel'schen wesentliche Konkurrenz machen, wenn nicht auch diese eine Umgestaltung erfährt, wie im Plan zu sein scheint.

Die sehnlichst erwartete Ausgabe des Gajus von Studemund ist auch in diesem Jahr noch nicht erschienen. Wir dürfen nach den einzelnen Mittheilungen, welche bisher daraus gemacht worden sind, die interessantesten und erheblichsten Ergebnisse aus den neuen Lesungen und den Ergänzungen des Textes hoffen, welche Studemund aus dem seit Bluhme für desperat geltenden Kodex in Verona gezogen hat.

Dankbar haben namentlich die akademischen Lehrer die zweite Auflage der Fontes juris romani antiqui von Bruns aufgenommen (Tübingen 1871. 8vo). Das Werkchen ist in dieser neuen Ausgabe wesentlich erweitert (früher 150, jetzt 253 S.) und verbessert worden. Es enthält gegenwärtig in der ersten Abtheilung außer den Nachrichten über leges regiae und den Resten der 12 Tafeln alle Volksgesetze, deren Wortlaut uns ganz oder theilweise, inschriftlich oder in der Literatur aufbewahrt ist, ebenso alle Senatsbeschlüsse, soweit sie juristisches Interesse haben. Die Sammlung der auf Bronce, Stein oder Wachs erhaltenen Geschäftsurkunden, die den zweiten Theil bildet, ist ebenfalls vervollständigt, bis zum 3. Jahrhundert. Endlich sind im 3. Abschnitte, der Zusammenstellung juristisch interessanter Stellen aus seltenern, schwer

zugänglichen lateinischen Schriftstellern, noch Excerpte aus Cato de re rustica und aus den Agrimensoren beigefügt und die Auszüge aus den schon in der 1. Auflage benutzten Schriften erheblich vermehrt. Vor Allem aber ist hervorzuheben, daß auf die Textgestaltung in allen Theilen die genaueste Sorgfalt verwendet worden ist, so daß das Buch jetzt zugleich als geeignet für den Handgebrauch des Gelehrten bezeichnet werden kann.

2.

Wie die Quellen, so ist auch die römische Rechtsgeschichte verhältnißmäßig leer ausgegangen.

Von Lehrbüchern sind nur die neuen Auflagen älterer Werke zu erwähnen.

Von Puchta's Kurius der Institutionen ist die 7. Auflage erschienen. Es steht dies Buch in seiner ganzen Art noch immer einzig da, noch existirt kein anderes, welches auch nur annähernd ähnlich bei Erschöpfung des Details geistige Durchdringung und elegante Darstellung des Stoffs vereinigt. So ist es erklärlich und gerechtfertigt, daß es sich dauernd nicht bloß in der Werthschätzung der Gelehrten, sondern auch in dem lebhaften Gebrauche der Studierenden erhält. Und doch kann man, namentlich gerade in Rücksicht auf das letztere Bedürfniß den Wunsch nicht unterdrücken, daß uns bald ein ebenbürtiges neues Werk derselben Art von berufener Hand zu Theil werden möchte, welches völlig und aus einem Guß den heut gewonnenen Kenntnissen und Anschauungen entspräche. Rudorff, der treue Bewahrer der literarischen Vermächtnisse seines Freundes, hat zwar von Auflage zu Auflage in den Anmerkungen die Ergebnisse neuerer Forschungen nachgetragen, und auch die gegenwärtige Auflage giebt rühmliches Zeugniß von diesem Eifer des Herausgebers. Aber es bleiben davon gerade die allgemeineren Anschauungen unberührt, die wir nicht mehr zu theilen vermögen, und je sorgfältiger bei den einzelnen Fragen der Leser über den heutigen Bestand unterrichtet wird, um so unausbleiblicher wächst von Auflage zu Auflage die Disharmonie von Text und Noten und macht das Werk für den Anfänger immer weniger geeignet. Vor Allem erlischt damit der ästhetische Eindruck des Kunstwerks, welchen das Buch in seiner ursprünglichen Gestalt gemacht hat, im Unterschied von fast der gesammten juristischen Literatur.

Ein Lehrbuch ganz anderer Art ist:

Danz, Lehrbuch der Geschichte des römischen Rechts. Zum Gebrauch bei Vorlesungen. 2. verm. Aufl. Th. 1. Leipzig 1871.

Es besitzt eine gewisse Verwandtschaft mit den Vangerow'schen Pandekten: es ist nicht eine ausgeführte Darstellung des Ganzen, sondern ein detaillirter, auch die Disposition innerhalb der §§. angebender (darin von Vangerow abweichend) Grundriß mit Literaturcitaten, Quellen-Angaben, wörtlichem Abdruck derjenigen Stellen, welche der Zuhörer beim Vortrage vor Augen haben soll, mit gewissen positiven Notizen, deren fatales Dictiren dem Docenten am Besten erspart bleibt, und einzelnen umständlichern Excursen über wichtige Fragen, deren eingehende mündliche Erörterung aus irgend welchen Gründen nicht rathsam oder allein nicht genügend erscheint. Ich halte den zu Grunde liegenden Gedanken für durchaus richtig und würde für Vorlesungszwecke einem solchen Lehrbuch vor andern in gewöhnlicher Form unbedingt den Vorzug geben. Da übrigens ein derartiges Buch vom Verfasser natürlich immer zunächst für den eigenen Gebrauch bestimmt wird und seine Einrichtung im Einzelnen, die Auswahl der Excurse u. s. w. berechtigter Weise einen ganz subjektiven Charakter tragen darf, wäre es ungehörig, wenn man an den Einzelheiten Kritik üben wollte. Nicht wenige der Excurse bieten übrigens auch für die Fachgenossen des Verfassers interessante Bemerkungen und Ausführungen. Die Spuren davon, daß die erste Anlage des Buchs bereits 25 Jahr alt ist, sind größtentheils mit Sorgfalt getilgt. Ab und zu ist mir den Angaben eine Ungenauigkeit aufgestoßen; z. B. S. 77: die sog. lex Puteolana parieti faciendo ist doch kein Lokalgesetz; S. 102: die Tafel mit dem SCtum Hosidianum wird nicht mehr in Neapel aufbewahrt, sondern ist verschwunden.

Ein ganz einfacher, nur für die Vorlesungen des Verfassers bestimmter Grundriß mit abgedruckten wichtigen Quellenstellen zu den Paragraphen-Ueberschriften ist:

C. Sell, Grundriß der Institutionen des römischen Rechts. 4. Aufl. Bonn 1871. 115 S. 8vo.

Es gehören dazu von demselben Verfasser:

Vorlesungen der Institutionen des römischen Rechts. Bonn 1871 181 S. 8vo.

enthaltend Ausführungen über einzelne §§., welche zur Unterstützung des Vortrags dem Hörer in die Hand gegeben werden sollen, und durch ihre ganz private Bestimmung der Kritik entzogen bleiben, wenn sie auch in den Buchhandel gekommen sind.

Aus der monographischen Rechtsgeschichts-Literatur ist das Wichtigste ebenfalls nur Altes in neuem Gewande.

Von Ihering's Geist des römischen Rechts hat jetzt Band 3 Abth. 1 wie Band 1 und 2 eine zweite Auflage erhalten, ein erfreu-

liches Zeichen von der Verbreitung, welche dieses in eminentem Maße lebendige und belebende Werk unter unsern Juristen genießt.

Nicht weniger darf mit Befriedigung auf die 4. Ausgabe hingewiesen werden, welche von Keller's „der römische Civilproceß und die Aktionen" erforderlich geworden ist (Leipzig 1871, 419 S. 16o). Sie ist von Krüger besorgt, und zwar wie auch schon die 3. (von Lewis) ohne Eingriffe des Herausgebers in die ursprüngliche Gestalt des klassischen Buchs. Es sind nur Nachträge zugefügt, theils aus den eigenen Randbemerkungen des Verfassers, wesentlich neue Belagstellen enthaltend, theils aus der neueren Literatur seit der 2. Ausgabe; außerdem sind die von Studemund gegebenen neuen Lesungen Gajanischer Stellen eingetragen.

Es gehören ferner hierher:

H. E. Dirksen's hinterlassene Schriften zur Kritik und Auslegung der Quellen römischer Rechtsgeschichte und Alterthumskunde, herausgegeben von Sanio. Leipzig 1871. 2 Bde. Groß 8.

Der überwiegende Theil davon war bisher wohl schon veröffentlicht, aber nur in den wenig verbreiteten Abhandlungen der Berliner Akademie und in spärlichen Separatabdrücken; zu ihnen sind hier zahlreiche Zusätze des Verfassers nebst einigen Bemerkungen des Herausgebers gegeben. Unter den bisher noch nicht gedruckten Stücken hebe ich aus Band 2 hervor: Zur Würdigung der Verdienste des Gregorius Haloander um die Texteskritik der justinianischen Rechtsquellen (S. 506), Ueber die schriftstellerische Bedeutung des . . . Papinianus (S. 449), Ueber des Hermogenianus libri juris epitomarum (S. 482). Ist auch die von Dirksen unermüdlich wiederholte Betonung der Vorzüge der eigenen „innerlich sachlichen" Kritik vor der vermeintlich sonst ausschließlich geübten bloß äußerlichen Kritik keine angenehme und durch bessere Resultate gerechtfertigte Beigabe, so werden doch die in dieser Sammlung vereinigten Untersuchungen ihren Werth als dankenswerthe Vorarbeiten und Beiträge zur Rechtsgeschichte dauernd behalten.

Von M. Voigt's umfassendem Werk „Das jus naturale, aequum et bonum und jus gentium der Römer" hat das verflossene Jahr Band 3 Abth. 1 und Band 4 Abth. 3 gebracht. Es fehlen jetzt noch Bd. 3 Abth. 2 und Bd. 4 Abth. 1; ihr baldiges Erscheinen wird in Aussicht gestellt.

Auch für uns Juristen von bedeutendem Werth ist:

Th. Mommsen, römisches Staatsrecht. Bd. 1. Leipzig 1871. XVIII und 527 S. 8vo.,

zugleich der erste Band eines neuen von J. Marquardt und Th. Mommsen unternommenen Handbuchs der römischen Alterthümer bildend, welches die Stelle einer zweiten Ausgabe des vergriffenen Bekker-Marquardt'schen Handbuchs vertreten soll. Mommsen will für die Darstellung des römischen Staatsrechts den üblichen Rahmen der Verfassungsgeschichte aufgeben und ein nach juristischer Weise konzipirtes System liefern. Der vorliegende Band enthält die allgemeine Lehre von der Magistratur; es soll in den nächsten Theilen die Darstellung der einzelnen Aemter, dann die Lehren von der Bürgerschaft und vom Senat nachfolgen. Ich glaube, daß diese Methode in der That so, wie Mommsen selbst hofft, für das römische Staatsrecht ähnliche Dienste leisten wird, wie für das Privatrecht. Die vielen neuen Resultate in allgemeinern Fragen wie im Detail, welche das Werk darbietet, ist nicht meines Amts, vorzuführen und zu besprechen; ich will jedoch nicht unterlassen, auf die Abschnitte über die Kollegialität (S. 59) und über das magistratische Verbietungsrecht und die Intercession (S. 209) hinzuweisen.

Der Vollständigkeit wegen mag hier auch noch erwähnt werden:

A. W. Zumpt, der Kriminalprozeß der römischen Republik. Leipzig 1871. 8 vo.

3.

Für die Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter ist nur eine Arbeit zu verzeichnen:

J. Ficker, über die Zeit und den Ort der Entstehung des Brachylogus juris civilis. Wien 1871. 66 S. 8 vo.

Fitting hat in einer 1870 erschienenen Abhandlung dem sogenannten Brachylogus ganz außerordentliches Lob aus dem Gesichtspunkt eines Lehrbuchs für den Anfangs-Unterricht gespendet, und mindestens soviel ist gewiß, daß es nur aus einer Schule hervorgegangen sein kann, welche sich schon seit längerer Zeit im Besitz einer gründlichen Kenntniß des römischen Rechts befunden und diesem einen gewissen Grad wissenschaftlicher Ausbildung gegeben hatte. Als diese Schule betrachtet Fitting die nach seiner Meinung ununterbrochen fortbestandene Rechtsschule in Rom und glaubt die Entstehung des Buchs zwischen 999 und 1002, vielleicht gerade in das Jahr 1000 setzen zu dürfen.

Ficker sucht dagegen zu erweisen, daß das Buch frühestens in die 2. Hälfte des 11 Jahrhunderts zu setzen und der Schule von Ravenna zuzuschreiben sei. Ich möchte glauben, daß die Beweisgründe Fitting's von Ficker widerlegt sind, und daß, wenn auch zweifellose direkte

äußere Anhaltspunkte für seine abweichende Ansicht nicht bestehen, diese doch durch den ganzen Zusammenhang dessen gerechtfertigt wird, was uns über die Schicksale des römischen Rechts in Italien wirklich bekannt ist.

Außerdem enthält Ficker's Beweisführung eine Menge höchst schätzenswerther Bemerkungen über die Stellung des römischen Rechts in der Zeit vor dem Aufblühen der bolognesischen Glossatorenschule, namentlich über jene Rechtsschule zu Ravenna und die mit ihr in Verbindung zu setzenden Literaturreste.

4.

Ich komme nunmehr zu den Schriften über das sogenannte heutige römische Recht.

Hier haben wir zu den älteren gangbaren Lehrbüchern ein ganz neues hinzuerhalten:

J. Baron, Pandekten. Leipzig 1872. XXV und 949 S. 8 vo.

Wer ein derartiges Werk zu beurtheilen hat, befindet sich in einer ganz besonderen Lage. Es versteht sich von selbst, daß der Leser, dem der Autor das gesammte Rechtsgebiet vorführt, in recht vielen Fällen anderer Meinung sein und dies oder jenes nicht genügend, nicht in der ihm selbst vorschwebenden besten Weise dargestellt finden wird. Aber das Eingehen auf Spezialitäten hat eigentlich nur dann rechten Sinn, wenn aus zahlreichen wirklichen Versehen der Nachweis geliefert werden muß, das Buch sei im Ganzen unzuverlässig und deshalb unbrauchbar, oder wenn wenigstens in Grundfragen nach der Meinung des Kritikers Hauptirrthümer vorgetragen sind, welche, wenn alt, endlich aufgegeben werden sollten, oder denen, wenn neu, sofort mit Entschiedenheit entgegen zu treten ist, oder endlich wenn man umgekehrt auf gewisse eminente Fortschritte einzelner Lehren die allgemeine Aufmerksamkeit zu lenken hat. Handelt es sich nicht um dergleichen, so kann nützlicher Weise nur der Gesammteindruck des Buchs besprochen werden.

Es lassen sich bei Lehrbüchern verschiedene Zwecke unterscheiden. Der Verfasser mag beabsichtigen, durch seine Gesammtdarstellung der Entwicklung der Wissenschaft zu dienen, sei es einfach durch die an sich schon verdienstliche Rekapitulation des augenblicklichen Standes unserer Erkenntniß in ein Gesammtbild, sei es durch Aufstellung und Durchführung neuer Fundamental-Anschauungen, sei es durch sorgfältige Revision und Lösung der zahlreichen schwebenden Kontroversen. Oder aber es werden Nützlichkeitszwecke verfolgt, sei es, daß der Praktiker oder daß der Studierende ein bequemes Hilfsbuch erhalten soll. Beide Richtungen

lassen sich sehr wohl vereinigen. Die Verfolgung der erstern schadet, sobald der Verfasser seine neuen Gedanken nicht allzu schwerfällig vorträgt, der Brauchbarkeit des Buchs für den Lernenden und Anwendenden nicht: unsere epochemachenden Lehrbücher sind gleichmäßig in den Händen der Gelehrten, Studierenden und Praktiker.

Der Verfasser des hier fraglichen Werks hat es, glaube ich, wesentlich für den Studierenden bestimmt. Sollten seine Pandekten gewisse andere noch immer gangbare ältere Bücher oder neuere Eselsbrücken aus dem Gebrauche der Lernenden verdrängen, so wird darin ein erhebliches Verdienst liegen; man kann gewiß dies Buch ihnen mit Vertrauen in die Hände geben. Aber immerhin mag man bedauern, daß der Verfasser sein Ziel nicht höher gesteckt hat. Die Gesammthaltung verräth die hauptsächlich erstrebte Accomodation an die Bedürfnisse der legum cupida juventus sehr deutlich, womit ich keineswegs behaupten will, daß nicht einzelne auch für den Fachgelehrten interessante Erörterungen eingeflochten sind. Eine tiefere Behandlung der Kontroversen hat sich der Verfasser durch den konsequenten Ausschluß von Anmerkungen erschwert. Es kann mit diesen gewiß Mißbrauch getrieben, namentlich die richtige Stoffvertheilung zwischen Text und Noten recht sehr verfehlt werden, und häufig ist die Benutzung der Note einfach nur eine Aushilfe für die Bequemlichkeit, welche auf die Form nicht die gebührende Mühe verwenden will, welche sehr wohl die betreffenden Angaben oder Erläuterungen in geeigneter Weise in den Kontext verweben könnte. Aber gerade für ein Kompendium haben, denke ich, Noten ein doppeltes gutes Recht. Sie ermöglichen die energische Zusammenfassung des Hauptgedankengangs, dessen Eindringlichkeit durch die Dazwischenschiebung von allerhand Nebenfragen leicht zerstört wird. Außerdem sind sie der geeignete Ort für Exkurse über einzelne Punkte, welche einer eingehenden Besprechung weniger um ihrer selbst willen, als wegen ihrer Lage in der Literatur bedürfen, oder bei welchen für eine neue Auffassung des Verfassers durch ausführlichen Beweis erst der Eingang geöffnet und die Aufnahme in der Wissenschaft gesichert werden soll. Nur den Vortheil hat die gänzliche Verschmähung der Noten, daß eine gewisse – übrigens auch mit Anmerkungen vereinbare und durch ihr Fehlen nicht verbürgte — flüssige Lesbarkeit sicherer erreicht werden kann, und gerade diese Eigenschaft muß bei Baron's Buch rühmend hervorgehoben werden.

Es hat ferner das Lehrbuch der Pandekten von Brinz jetzt seinen Abschluß durch die letzte Lieferung, S. 1387—1718 erhalten. Sie giebt das 4. Buch „von den Handlungen", d. i. in der Hauptsache die Lehre

von den Rechtsgeschäften, welche nach dem gangbaren Pandektensystem im allgemeinen Theil im Abschnitt von der Entstehung und Beendigung der Rechte untergebracht wird, daneben aber die Erörterung mancher Dinge, welche sonst in Spezialabschnitten, namentlich im Obligationenrecht vorgetragen zu werden pflegen, z. B. Vorvertrag, Auktion, Vertrag zu Gunsten Dritter. Es ist überflüssig, bei Gelegenheit der Beendigung des Werks dessen System und sonstige ganze Anlage zu kritisiren. Das gegenwärtig neu vorliegende Stück ist in derselben Weise gehalten, wie die frühern, die zum Theil schon seit mehreren Jahren sich in den Händen des Publikums befinden, und das allgemeine Urtheil darüber dürfte wohl feststehen. Jedenfalls giebt es eine kritische Durchmusterung des ganzen Gebiets, überall auf die Schwächen und Bedenken der gangbaren Vorstellungen unerbittlich hinweisend, nicht selten auch dieselben gegen neuere Anzweifelungen vertheidigend, sehr häufig aber selbst neue Gesichtspunkte und Gedankengänge aufstellend, anregend und treibend, wie eine abgerundete Darstellung mit ihrem häufig trügerischen Schein innerer Fertigkeit es kaum jemals zu sein vermag. Besonders bemerkenswerth ist in der letzten Lieferung der Abschnitt über Stellvertretung S. 1593 ff. und die ausführliche Besprechung der neuerdings so viel gequälten Lehre von der Bedingung S. 1443—1500, worin Brinz als Vertheidiger der Rückziehung bei conditio suspensiva und resolutiva auftritt. —

An neuen Auflagen älterer Werke sind erschienen: von Puchta's Pandekten die 11., wieder von Rudorff besorgt, die 2. des 6. Bandes von Unger's österreichischem Privatrecht, enthaltend eine der besten Darstellungen des Erbrechts, die 7. des Lehrbuchs von Arndts, endlich die 2. des 3. Bandes von Windscheid's Pandekten, entsprechend der dritten Auflage von Band 1 und 2. Die letztgenannte ist, wie die rasche Aufeinanderfolge der Auflagen unvermeidlich macht, wesentlich nur Wiederholung der vorhergegangenen mit eingetragenen Nachweisen aus der neuesten Literatur. In dem Arndts'schen Lehrbuch, welches den durch seine vorzügliche Brauchbarkeit für die Studierenden errungenen Platz allem Anschein nach behauptet, sind die seit der 5. und unveränderten 6. Auflage erschienenen Schriften eingehender, wenn auch nicht so vollständig wie die frühere Literatur, berücksichtigt und erörtert.

5.

Während bei der Rechtsgeschichte die Spärlichkeit monographischer Arbeiten zu bedauern war, steht es damit für das heutige Recht besser. Das letzte Jahr zeigt dabei vielleicht sogar Fruchtbarkeit über den Durchschnitt.

Unter den Lehren des sogenannten allgemeinen Theils sind die neuerdings am Meisten behandelten die von den juristischen Personen und von den Bedingungen. Beide haben im Jahre 1870 nicht geruht: ob aber ihre befriedigende Erklärung erreicht oder wenigstens näher gerückt ist?

Die erstgenannte schwerlich. Ueber sie verbreitet sich eine Festschrift der Universität Rostock zu Homeyer's Jubiläum:

H. Böhlau, Rechtssubjekt und Personenrolle. Weimar 1871. VIII und 68 S. 8vo.

Der Verfasser beginnt mit einer Kritik der gegenwärtig einander gegenüberstehenden Meinungen: es handle sich um einen Komplex subjektloser Rechte, um Zweckvermögen, und: es liege wirklich eine Personifikation, eine Fiktion der Persönlichkeit vor. Obgleich diese Kritik anscheinend beide Theorien fundamental angreift, meint der Verfasser doch, beide Ansichten enthielten „überwiegend Wahres"; er will diese wahren Elemente beider verbinden und „aus der bisherigen dogmengeschichtlichen Entwicklung nur das reife Resultat ziehen" (S. 3). Dieses Resultat formulirt er S. 16:

„was für die Zwecke eines gewissen thatsächlich herrenlosen Vermögens von den Verwaltern desselben an Rechten erworben oder an Verpflichtungen eingegangen wird, gilt als erworben bez. eingegangen für eine physische Person, welche als Herrin dieses Vermögens juristisch angenommen wird."

Oder, wie dies zur Erläuterung umschrieben wird: das de facto herrenlose, das Zweckvermögen, spielt gewissermaßen zum Besten der durch seine Zwecke bezeichneten physischen Personen in den Handlungen seiner Verwalter die Rolle einer Person (S. 17).

Ich glaube nicht, daß die Anhänger der Zweckvermögens-Theorie darin etwas anderes sehen werden als eine entschiedene Verneinung ihrer Ansicht; denn diese geht dahin, daß das de facto herrenlose Vermögen auch juristisch keinen Herrn mittelst einer Fiktion zu erhalten brauche. Die Anhänger der Personifikation aber werden überlegen müssen, ob die von Böhlau effektiv vorgenommene Personifikation des Vermögens von Korporation und Stiftung vor der Personifikation der Mitglieder-Gesammtheit oder des Zwecks den Vorzug verdient, und ob die hier daraus gezogenen Konsequenzen daraus wirklich folgen, bez., soweit die betreffenden Sätze überhaupt acceptabel, nicht besser auf anderem Wege gerechtfertigt werden können, welcher nicht zugleich die unannehmbaren übrigen mit sich bringt. Etwas anderes aber als eine Vertauschung des Gegenstandes der Personifikation dürfte in der That nicht vorliegen.

Böhlau betont zwar außerordentlich: das Vermögen sei nicht eine fingirte Person, sondern spiele die Rolle einer Person; nicht „fingirte Person", sondern „Personenrolle" sei der korrekte Gegensatz gegen die physische Person oder die Person schlechtweg (S. 22): ich bekenne jedoch den Unterschied nicht recht einzusehen. Beiläufig: wenn Böhlau soviel Gewicht darauf legt, durch seine Wendung im Einklang mit dem personae vice fungi unserer Quellen zu sein, so übersieht er, daß dort diese Worte wohl von der hereditas, aber bei der Korporation nicht von ihrem Vermögen, sondern von der Korporation selbst gesagt werden (municipium, decuria, societas: l. 22 D. de fidejuss. 46, 1).

Inzwischen ist übrigens in Ihering's Jahrb. Bd. 12 H. 1 schon wieder über dasselbe Thema ein ausführlicher Aufsatz von Bekker erschienen, welchem es seinerseits an Widersachern aus beiden Lagern nicht fehlen wird.

Die Lehre von den Bedingungen, welcher kürzlich erst v. Scheurl eine ausführliche Monographie gewidmet hat, und deren Revision in Brinz's Pandekten ich soeben erwähnte, hat aus dem verflossenen Jahre zwei Schriften aufzuweisen, jede einen andern Theil behandelnd:

Enneccerus, über Begriff und Wirkung der Suspensivbedingung und des Anfangstermins. 1. Hälfte. Göttingen 1871. IV und 140 S. 8vo.

Czyhlarz, zur Lehre von der Resolutivbedingung. Prag 1871. 101 S. 8vo.

Enneccerus hat sich für seine noch unvollendete Arbeit nach Inhalt des Titels und der Vorrede die Aufgabe gestellt, zwei Punkte, Begriff und Wirkung der Suspensivbedingung, namentlich die Frage nach der Rückwirkung der conditio existens zu besprechen.

Der erste Abschnitt S. 1—84 stellt fest, daß kein genügender Grund besteht die conditiones facti und die conditiones juris non expressae zu dem Begriff von Bedingung im weitern Sinn zu vereinigen, und daß letztere zu beschränken ist auf erklärte Zusätze zu einer Willenserklärung, wodurch deren Wirkung von irgend einem Umstande abhängig gemacht werden soll. Diese Aufstellung aber eines weitern Begriffs von Bedingung — umfassend eigentliche Bedingung, conditio in praesens vel praeteritum collata, conditio necessaria, impossibilis, ausgesprochene conditio juris — sei dadurch gerechtfertigt, daß eine Reihe von Geschäften nicht bloß für die eigentlichen, sondern gerade für Bedingungen in diesem weitern Sinne verschlossen sind, ebenso wie für den Anfangstermin. Diese Bedingungsverbote erörtert Verfasser S. 5—84. Bekanntlich spielte bisher hier eine große Rolle l. 77 D. de R. J. 50, 17: **actus legitimi, qui non recipiunt**

diem vel conditionem . . . in totum vitiantur per temporis vel conditionis adjectionem. Man glaubte bisher, actus legitimi sei ein technischer Gesammtname für die besondere Gruppe von Rechtsgeschäften, welche non recipiunt diem vel conditionem, und gab sich sehr vergebliche Mühe, für sie alle einen gemeinschaftlichen Grund dieser Eigenthümlichkeit aus ihrem angeblich gemeinschaftlichen besondern Wesen aufzufinden: die actus legitimi sollten mit den legis actiones zusammenhängen, Formalgeschäfte, negotia juris civilis sein u. a. m. Enneccerus weist überzeugend nach, daß actus legitimus einfach ein spätlateinischer (in l. 77 cit. wahrscheinlich interpolirt für das einfache actus) Ausdruck für Rechtsgeschäfte und Rechtshandlungen überhaupt ist, entsprechend dem νομίμη πρᾶξις der Byzantiner. Es ist in l. 77 cit. nicht zu übersetzen: die actus legitimi, welche nämlich dies und conditio nicht vertragen, — sondern: diejenigen Rechtshandlungen, welche dies und conditio nicht vertragen, werden durch deren Zufügung gänzlich vereitelt. Enneccerus schließt daran die spezielle Betrachtung der Verbotsfälle, welche ergiebt, daß bei den einzelnen sehr verschiedenartige Gründe für das Verbot obgewaltet haben und die einheitliche Zusammenfassung ganz unmöglich erscheinen lassen, welche bisher durch den vermeintlichen gemeinsamen Namen geboten scheint.

Im zweiten Abschnitt S. 85—140 beschäftigt sich Verfasser mit dem Begriff der Bedingung im engeren und eigentlichen Sinn, ohne ihn in der vorliegenden Lieferung schon zu erledigen. Diese enthält erst den Versuch seiner Abgrenzung nach den beiden Momenten der Ungewißheit und der Willkürlichkeit gegen die conditio necessaria, impossibilis, in praesens vel praeteritum collata und gegen die conditio juris.

In der Schrift von Czyhlarz ist ausschließlich die Resolutivbedingung behandelt.

Bekanntlich ist das Dogma von der Rückwirkung auch hier in das Schwanken gekommen; es scheint die Mehrzahl jetzt anzunehmen, es hänge von der Intention der die conditio resolutiva setzenden Parteien ab, ob ihr Eintritt retrotrahirt werden soll oder nicht. Czyhlarz dringt darauf, daß wir in demjenigen, was gewöhnlich unter Resolutivbedingung vereinigt wird, geradezu zwei verschiedene Arten von Nebenbestimmungen begrifflich unterscheiden sollen: den ungewissen Endtermin, bei welchem von Rückwirkung so wenig zu sprechen sei, wie beim dies certus ad quem, und die wahre conditio resolutiva, in deren Wesen die Retrotraktion liege. Bei dieser letztern sucht er zum ersten Male jenen Gedanken ernstlich durchzuführen, welcher durch die bekannte Wendung negotium purum quod resolvitur sub conditione nahe liegt, es sei bei

der Resolutivbedingung mit dem Errichtungsgeschäft unmittelbar eine Verabredung über die Wiederaufhebung, ein contrarius consensus verbunden. Es möge mir nachgesehen werden, wenn ich mit dieser kurzen Inhaltsangabe mich begnüge. Auch dieser Theil der Bedingungslehre, von dessen relativer Vernachlässigung Verfasser noch spricht, ist im Augenblick so im Fluß — es haben sich, nachdem schon Scheurl und Brinz ihn nicht übergangen, gleichzeitig mit Czyhlarz, Ihering und Köppen in Aufsätzen der dogmatischen Jahrbücher zwar nur gelegentlich, aber doch ziemlich ausführlich und von neuen Gesichtspunkten aus darüber geäußert, und ganz neuerdings ist wieder eine Monographie über die Bedingungen überhaupt erschienen (Wendt, die Lehre vom bedingten Rechtsgeschäft, Erlangen 1872) — daß es unmöglich scheint, über eine einzelne der verschiedenen sich mehr oder weniger feindlich gegenüberstehenden Ansichten isolirt und gewissermaßen aus freier Hand zu urtheilen. —

Ein Buch, worüber ich aus einem andern Grunde wenigstens mit einem Gesammturtheil zurückhalten möchte, ist:

E. I. Bekker, die Aktionen des römischen Privatrechts. 1. Bd. Jus civile. Berlin 1871. XIII und 401 S. 8vo.

Der Verfasser kündigt es an als Vorläufer eines römischen Obligationenrechts. Umsoweniger darf man über seine Grundanschauungen vom Wesen der actio und obligatio absprechen wollen, welche zusammen eigentlich erst durch den Abschluß des jetzigen und des künftigen Werks ihren Beweis erhalten sollen und können. Verfasser erklärt, daß unsere heutige Vorstellung von Obligation den Römern fremd gewesen sei; an ihrer Stelle fänden sich bei ihnen zwei getrennte andere Begriffe. Obligatum esse bedeute nur actione teneri. Dies aber sei einfach nur die Verpflichtung zum judicium suscipere, die actio selbst ein Rechtsverhältniß zwischen dem eventuellen Kläger, dem eventuellen Beklagten und dem Magistrat, wobei der Magistrat zur Ertheilung, der Beklagte zur Einlassung auf das judicium verbunden ist. Neben diesem obligatum esse oder actione teneri steht nach Bekker ganz selbstständig ein Zweites, wofür die Römer selbst keinen Namen gehabt haben, Verfasser aber das verhängnißvolle Wort Anspruch vorschlägt, d. i. ein Verhältniß zwischen Kläger, Beklagten und Richter, gegen den Richter ein Recht des Klägers auf Anerkenntniß seines Verhältnisses zu dem Beklagten, wider diesen aber ein Recht auf eine gewisse Leistung, welche eventuell bei pflichtmäßigem Spruch des Richters unter staatlicher Autorität beizutreiben sein wird (S. 15). Einstweilen muß es genügen, zu konstatiren, daß, was bisher vorliegt, nicht ausreicht, die zu Tage liegenden

Bedenken gegen diese Annahme zu überwinden, während dem Verfasser gern zugestanden werden mag, daß die richtige Formel für das Wesen der actio und ihr Verhältniß zum Recht bisher von anderer Seite noch nicht gefunden worden ist. Worüber schon jetzt gesprochen werden könnte, sind nur die in dem ersten Bande enthaltenen Detailuntersuchungen über die Entwicklung des ältern römischen Prozesses; doch ist hier nicht der Ort, darauf so speziell einzugehen, wie sowohl bei Zustimmung, als bei Widerspruch nothwendig sein würde, zumal Manches mehr skizzirt als ausgeführt ist. Ich muß mich mit der Versicherung begnügen, daß in ihnen sehr viel Neues und Schätzenswerthes zu finden ist, was auch durch die Verwerfung der Grundanschauungen des Buchs nicht an Verdienst einbüßen wird; ich hebe besonders die Beilagen S. 296—401 hervor.

Eine zweite Schrift aus dem materiellen Prozeßrecht läßt dagegen schon jetzt ein definitives und zwar in der Hauptsache zustimmendes Urtheil zu und darf als eine verdienstliche Förderung der Wahrheit bezeichnet werden:

Eisele, die materielle Grundlage der Exceptio. Eine römischrechtliche Untersuchung. Berlin 1871. XII und 179 S. 8vo.

Der Verfasser will der Ansicht über das Wesen der Exceptio zu allgemeiner Geltung verhelfen, welche bereits von Albrecht (die Exceptionen des gem. teutschen Civilprozesses 1835) aufgestellt, dann aber besonders durch Savigny verdrängt wurde, nach welchem Exceptionen durchaus nur Einreden aus einem eigenen Recht des Beklagten sind und im Gegensatz zur sog. absoluten und relativen Verneinung des klägerischen Rechts stehen. Ganz so verklungen, wie Verfasser annimmt, ist der Widerspruch gegen die Savigny'sche Lehre nicht: Keller hat sie wenigstens stillschweigend negirt, ausdrücklich außer Krüger, den allein Verfasser anführt, auch Bekker, proc. Konsumption 1853 S. 93 ff., ferner Brinz, Wetzel, Bölderndorf. Krüger aber hat nicht nur in seinem 1864 erschienenen Buch über die prozessualische Konsumption S. 19 f., sondern auch in einem dem Verfasser entgangenen Aufsatze über Bethmann-Hollweg's Civilprozeß, Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. 7 S. 219—231 die Albrecht'sche Theorie vertheidigt und zwar, wie ich glaube, unter Beibringung aller wesentlichen Argumente. Nichtsdestoweniger ist diese neue ausführliche Darlegung mit Dank zu begrüßen, und man darf hoffen, daß sie zur weitern Verbreitung des Richtigen beitragen wird, welches letztere nicht bloß ein antiquarisches Interesse besitzt, sondern höchst wesentlich für unser heutiges Recht ist. Eine besondere kleine Schrift:

E. Zimmermann, kritische Bemerkungen zu Eisele's Schrift über die mat. Grundl. d. E. Gießen 1872. 46 S. 8vo.

stimmt bereits in allem Wesentlichen Eisele zu, ebenso Brinz in einer Rezension, krit. Vierteljahrsschr. Bd. 14 S. 206.

Es handelt sich um den Satz, daß exceptio an sich nichts zu thun hat mit den innern Unterschieden der verschiedenen möglichen Vertheidigungsgründe des Beklagten, sondern einfach prätorische Einrede ist, und zwar bei actiones mit intentio in jus concepta im Gegensatz zu den civilrechtlichen Einreden, bei actiones in factum aber alle Einreden überhaupt. Ich bedauere, daß Eisele ähnlich wie Albrecht die Klarheit der Anschauung einigermaßen durch die Identifizirung von prätorischem Recht und aequitas stört. Die römischen Juristen gehen zwar bei der Besprechung der Exceptionen darin voran, aber mehr in der Ausdrucks- als in der Vorstellungsweise; jedenfalls decken sich doch, wie E. selbst gelegentlich anerkennt, die beiden Dinge nicht, und für den Begriff der exceptio, welcher gar nicht scharf genug als ein rein formeller aufgefaßt werden kann, ist es ganz gleichgültig, wie wenig oder wie sehr das prätorische Recht die aequitas in irgend welchem Sinne zu erreichen strebte.

Verfasser führt den Beweis in doppelter Weise: aus dem Wesen der formula und der dadurch dem Richter gegebenen Stellung, sodann aus unmittelbaren Quellenansprüchen.

In dem ersten Haupttheile, Kap. 1—3, betrachtet er zunächst die formula in jus concepta (S. 4 ff.) und stellt fest, daß bei derselben und durch dieselbe der Richter ausschließlich auf das Civilrecht hingewiesen war, für Klage und Abwehr ausschließlich Gründe zu berücksichtigen hatte, welche dem Civilrecht entnommen waren. Ueberflüssig erscheint mir dabei das Hineinziehen des Richtereides; die intentio: si paret oder quidquid paret dare oportere enthält unmittelbar die exklusive Hinweisung auf das Civilrecht, sobald man nur den Satz sich vergegenwärtigt, daß praetor jus facere non potest. Bei der formula petitoria: si paret rem Ai. Ai. esse ex jure Quiritium ist natürlich auch dem Verfasser jene Zuhilfenahme des Eides entbehrlich erschienen. Bei den bonae fidei actiones aber übersieht er (S. 15), daß bei ihnen, was von der bona fides erheischt wird, einfach selbst juris civilis ist: dadurch wird der volle Einklang mit den andern formulae in jus conceptae ohne allen Zwang hergestellt. Sehr erfreulich ist mir des Verfassers bestimmter Widerspruch gegen die leider recht üblich gewordene Vergleichung der formula mit einem Relevanzdekret oder Beweisinterlocut. Die formula in jus concepta ist in Wahrheit eine summarische An-

weisung zur vollen juristischen und faktischen Prüfung der ganzen Sache — aber eben unter Beschränkung auf das Civilrecht. Aus dieser letztern ergiebt sich für die exceptio bei der forma in jus concepta die einfache Folgerung: sie müsse einen Vertheidigungsgrund des Beklagten enthalten, welcher nicht schon durch die intentio dem Richter zur Beachtung angezeigt ist, also einen civilrechtlich unerheblichen, d. i. prätorischen, erst vom Prätor mit Wirksamkeit bekleideten Einwand.

Die zweite Hauptgruppe, die der formulae in factum conceptae, beschäftigt den Verfasser S. 17—34. Unter Abweisung der mancherlei hier obwaltenden Mißverständnisse erklärt er sie für Formeln, worin der Kondemnationsbefehl an bestimmte nach jus civile unerhebliche, eine Kondemnation nicht rechtfertigende Thatsachen als einzige Bedingung geknüpft ist. Danach sind also die actiones in factum selbst prätorische Klagen. Es versteht sich demnächst, daß Einreden bei ihnen, wie ihr ganzes Rechtsgebilde, auch nur wieder im prätorischen Edikt ihr Fundament haben können (S. 107 ff.; der Verfasser macht sich übrigens S. 107 f. unnöthige Schwierigkeiten durch einen gewissen Schematismus).

Von Kap. 4 S. 49 beginnt der Quellenbeweis. Eine ganze Reihe von Aeußerungen der profanen und juristischen Klassiker bezeichnet so bestimmt wie möglich die Exceptionen als prätorisch (S. 56 ff.). Der Gegensatz von ipso jure — ope exceptionis ist identisch mit jure civili — jure praetorio, worüber die sehr verdienstliche Ausführung S. 61 bis 82 (S. 74 irrt den Verfasser wieder seine oben bemerkte Ansicht über die bonae fidei actiones). Dagegen heißt es bei Gai. 4, 118, daß die Exceptionen theils ex legibus vel ex his quae legis vicem obtinent, substantiam capiunt, theils ex jurisdictione praetoris proditae sunt. Die erste Gruppe, welcher gewisse durch ihren Namen schon auf Civilrechtsquellen hinweisende Einreden entsprechen: exceptio legis Cinciae, Plaetoriae, SCti Vellejani, Macedoniani, Trebelliani, hat besonders über das Wesen der exceptio getäuscht und zur Annahme von „Civilexzeptionen“ geführt. Verfasser weist 49—55 nach, daß das substantiam capere ex legibus et q. s. nur die Quelle angiebt, woher der juristische Gedanke stammt, aber nicht der anderweit sich ergebenden Annahme präjudizirt, daß allein die prätorische Jurisdiktion ihm zur Geltung verhilft — wie Zimmermann richtig hinzusetzt, entweder überhaupt oder wenigstens zur Geltung als Vertheidigungsmittel gegen die Klage, während das Civilrecht ihm nur in gewisser anderer Weise Wirksamkeit verliehen hatte. Eine Ergänzung dazu bildet die Erörterung S. 83—106 über die eben genannten Exceptionen aus der lex Cincia u. s. w., sowie die exceptio justi dominii

bei der Publiciana und die exceptio solutionis bei der Pfandklage. Ueber Einzelnes wäre hier Manches zu disputiren: namentlich wird bei en Einreden aus den SCta das Hauptgewicht auf die verfassungsmäßige Stellung des Senats zu den Magistraten als Instruktionen ertheilende Behörde zu legen sein. In der Hauptsache hat der Verfasser durchaus Recht: daß diese Einreden in Wahrheit doch prätorische sind.

Zur Vollendung der Beweisführung vermisse ich eine sachliche Kritik der Savigny'schen Exceptionenlehre, worin Krüger's Bemerkungen in jenem Aufsatze dem Verfasser hätten als Grundlage dienen können. Also den Nachweis, daß die von den Römern als exceptiones bezeichneten Einreden sich zu einem sehr großen Theil gar nicht oder nur mit dem ärgsten, das Einfachste verkehrenden Zwang unter die Savigny'sche Bestimmung fügen; daß in Wahrheit exceptiones allen drei Vertheidigungsweisen des Beklagten angehören, daß sie theils rechtshindernde, theils rechtsvernichtende Thatsachen enthalten, theils eigene Rechte des Beklagten (fügen wir hinzu: auch gewisse thatsächliche Verhältnisse und Beziehungen), welche trotz des bestehenden klägerischen Rechts die Verurtheilung des Beklagten (im Ganzen, theilweise, pure) verhindern; daß endlich die Einreden der dritten Art zwar durchweg exceptiones waren, die der ersten und zweiten dagegen nur zum Theil, daß in der That die Einreden der dritten Art wesentlich von den andern verschieden sind, daß aber diese Verschiedenheit in etwas Anderem, Materiellem, nicht in ihrer — rein formellen — Eigenschaft als exceptiones gesucht werden muß, welche sie mit anderen theilen.

Durch diese Erweiterung der Betrachtung würde auch das letzte Kapitel „praktische Resultate" mehr Inhalt bekommen haben, als es jetzt darbietet. Nicht übergangen werden durfte dabei die Frage, wie es zu erklären, daß Justinian die Spuren der Duplizität des civilen und prä'orischen Rechts hier so garnicht auszulöschen bemüht gewesen ist, und ob ein prozessualischer Unterschied zwischen den alten Exceptionen und den civilen Einreden im nachklassischen Prozeß fortbestanden hat, wie namentlich Wieding behauptet. Jedenfalls aber ist es ein erhebliches Verdienst, daß der Verfasser so bestimmt wie möglich ausspricht: „damit allein, daß irgend eine Thatsache ope exceptionis wirke, ist für die Dogmatik des heutigen Rechts wissenschaftlich gar nichts gesagt." (S. 129).

In drei Beilagen handelt Verfasser über den Parallelismus gewisser formulae in jus und in factum conceptae (S. 130—144), über die formula der actio furti (S. 145—153), endlich S. 155—179:

„Probabilia über die legis actio per condictionem"; besonders bei dem letzten Aufsatze möchte ich einstweilen meine Zustimmung zurückhalten.

6.

Im Sachenrecht hat nur das Eigenthum den Gegenstand mehrerer Arbeiten gebildet, darunter zwei von dem verehrten Senior unseres Fachs, C. G. v. Wächter.

Die eine betrifft:

das schwebende Eigenthum. Leipzig 1871. 34 S. 8vo.

Seit Fitting's Schrift über den Begriff der Rückziehung (1856) sind wir darauf aufmerksam geworden, daß die römischen Juristen in gewissen Fällen annehmen, der status einer Person, die Existenz einer Forderung, das Eigenthum an einer Sache sei einstweilen in pendenti; es bestehe eine Ungewißheit nicht bloß über die künftige Erlangung, sondern über den gegenwärtigen Bestand des Eigenthums, über die Person des gegenwärtigen dominus; diese Ungewißheit könne erst durch gewisse spätere Ereignisse gehoben werden, und zwar gelte die durch diese Ereignisse gegebene Entscheidung auch rückwärts für die Zeit des frühern Schwebens als maßgebend, indem sie gewissermaßen die bisherige Ungewißheit aufkläre. Beim Eigenthum hat solches pendere u. A. den Erfolg, daß einstweilen keine der Personen, zwischen welchen die Entscheidung schwebt, und überhaupt Niemand die rei vindicatio, condictio furtiva, actio negatoria anstellen kann. Von mancher Seite, namentlich v. Vangerow, Lehrbuch Bd. 1 S. 555 ff. werden mindestens 5 Fälle von solchem dominium pendens aufgezählt: 1. peculium castrense bei testamentlosen Versterben des filius familias nach vorjustinianischem Recht; 2. das Eigenthum einer von einem Nießbrauchssklaven auf Kredit gekauften Sache bis zur Bezahlung des Preises entweder aus dem Vermögen des Proprietars oder aus dem des Nießbrauchers; 3. das Eigenthumsvermächtniß vor der Entscheidung des Legatars über Annehmen oder Ablehnen (nach proculianischer Ansicht); 4. die dem Pfandgläubiger zugeschlagene Pfandsache bis zum Ablauf der dem Schuldner zustehenden Einlösungsfrist; 5. beim Nießbrauch einer Heerde der Nachwuchs bis zur Entscheidung des Usufruktuars, ob er sich ihn aneignen oder zur Ergänzung der Heerde verwenden will. Die drei letzten Fälle würden eventuell noch dem heutigen Recht angehören.

Wächter weist nach, daß die Zahl reduzirt werden muß. Bei Nr. 1 (S. 18—23) hat inzwischen auch schon Fitting das dominium pendens im Wesentlichen aufgegeben. Bei dem Eigenthumslegat (S. 23 f.) muß die entgegengesetzte sabinianische Ansicht als die rezipirte gelten.

Bei der dominii impetratio (S. 24—34) liegt nicht dominium pendens, nicht einmal sog. dominium revocabile vor, sondern nur eine Obligation des Gläubigers zur eventuellen Rückgewähr der Sache. So würden nur der Fall Nr. 2 (S. 8—10) und Nr. 5 (S. 10—17), für das geltende Recht sogar nur der letztere verbleiben, welcher mit der Verpflichtung des Heerden-Nießbrauchers zur Kompleterhaltung der Heerde zusammenhängt: hier muß ich übrigens meine an anderm Ort gegebene im Detail abweichende Auffassung auch der Wächter'schen Darstellung gegenüber festhalten. Außerdem möchte ich noch den ebendort (natürl. Erzeugnisse S. 289) besprochenen Fall des Fruchterwerbs durch den Usuarius neu hinzufügen.

Der Herr Verfasser deutet S. 3 die Frage an, ob die römischen Juristen mit der angegebenen Konstruktion dieser Verhältnisse das Richtige getroffen haben, und ob nicht vielleicht ein anderer, natürlicherer Weg in der Auffassung und Bestimmung derselben hätte eingeschlagen werden können und sollen. Ich will nicht unterlassen zu erwähnen, daß seitdem die Aufstellung eines solchen andern Wegs von Ihering (Jahrb. Bd. 10 S. 402, 474 ff., 539) bereits wirklich versucht worden ist; ich muß hier dahinstellen, in wieweit dieser Versuch gelungen ist.

Die zweite Wächter'sche Schrift hat ihren Anlaß in einem praktischen Fall und steht in enger Verbindung mit einem Buche von Bruns. In einem Eigenthumsprozeß, dessen Anlaß in das Jahr 1765 zurückreicht, ist Seitens des beklagten Besitzers der Einwand der sächsischen, im Allgemeinen der sogenannten außerordentlichen entsprechenden Ersitzung von 31 Jahr 6 Wochen und 3 Tagen erhoben und vom Kläger mala fides der ersten Autorin replizirt worden. Kläger ist rechtskräftig zum Beweis dieser mala fides zugelassen, und es handelt sich jetzt um die Frage nach dem Ausfall des Beweises. Von v. Wächter ist dem Beklagten, von Bruns in Berlin dem Kläger ein günstiges Gutachten ertheilt worden. Wächter hat gegen Bruns in einem zweiten Gutachten seine Ansicht aufrechterhalten und den theoretischen Theil beider Gutachten unter dem Titel veröffentlicht:

C. G. von Wächter, die bona fides, insbesondere bei der Ersitzung des Eigenthums. Leipzig 1871. VI und 149 S. 8vo.

Bruns wieder hat sich dadurch veranlaßt gesehen, sein Gutachten nebst einer ausführlichen Entgegnung auf die Einwürfe von Wächter zu publiziren:

C. G. Bruns, das Wesen der bona fides bei der Ersitzung. Berlin 1872. VIII und 128 S. 8vo.

Der zu Grunde liegende Rechtsfall regt auch sonst interessante

Fragen an — u. a. über stillschweigende Substitutionen und über das deutsche Familienfideikommiß —; hier soll nur kurz über den Hauptstreitpunkt berichtet werden, der durch den Titel der beiden Schriften angezeigt ist. Dies ist aber die alte Kontroverse nach dem Erforderniß der Entschuldbarkeit für die bona fides bei der Ersitzung überhaupt und besonders bei der außerordentlichen aus l. 8 §. 1 C. de praescr. XXX annor. Bruns bejaht, Wächter leugnet dies Erforderniß.

Letzterer formulirt seine Ansicht S. 48 im Wesentlichen folgendermaßen. Die bona fides des Besitzers einer fremden Sache bestehe in dem redlichen Glauben, daß er Eigenthümer der Sache geworden oder wenigstens befugt sei, sie durchaus wie eine ihm gehörige zu betrachten und zu behandeln; die b. f. sei lediglich eine Thatsache; ihre Existenz könne nicht von der Art der Gründe, worauf sie beruht, also auch nicht von der Entschuldbarkeit dieser Gründe abhängen; sie könne somit nicht durch die Art des Irrthums, aus dem sie hervorgeht, sei er noch so unentschuldbar, ausgeschlossen werden, namentlich nicht durch irgend einen Rechtsirrthum. Wenn irgend ein Gesetz eine gewisse Wirkung der b. f. von der Bedingung probabeln Irrthums oder Abwesenheit von Rechtsirrthum abhängig mache, so sei dadurch nicht der Begriff und das Dasein der b. f. selbst bedingt. Der Satz der Quellen nunquam in usucapionibus juris error possessori prodest, beziehe sich bloß auf den zur ordentlichen Ersitzung erforderlichen Titel und die Zulassung eines sog. Putativtitels; jedenfalls enthalte er keine Negation des Daseins der b. f. bei einem Rechtsirrthum. Wenn umgekehrt das Gesetz schlechtweg nur vom Dasein der b. f., ohne Beschränkung, gewisse Folgen abhängig mache, so müssen diese Folgen bei jeder b. f. eintreten, auch bei der auf einen Rechtsirrthum gestützten. Dies treffe zu bei der außerordentlichen Ersitzung; die dafür geforderte bona fides sei rein faktischer guter Glaube.

An Stelle dieses, wie Bruns es bezeichnet, psychologischen Prinzips, will Bruns ein „ethisch-rechtlich-kommerzielles“ setzen und in den Begriff der bona fides die ehrliche und gewissenhafte Ueberlegung aufnehmen. Er verlangt objektiv begründete Ueberzeugung vom eigenen Recht, also Entschuldbarkeit des zu Grunde liegenden Irrthums; der Rechtsirrthum aber werde überhaupt, wie wo es sich um Erwerb handelt, bei der Usukapion nicht entschuldigt und zwar nicht allein nicht in Betreff des Putativtitels, sondern auch nicht für die Begründung der bona fides, und wie bei der ordentlichen müsse dies auch bei der außerordentlichen Ersitzung gelten.

Es ist natürlich ziemlich gewagt, gerade bei einem Streit dieser

Art die eigene Zustimmung für die eine oder andere Partei in der kurzen durch meine Aufgabe bedingten Weise auszusprechen. Ich glaube aber doch mich einer Aeußerung darüber nicht entschlagen zu dürfen und bekenne deshalb, daß ich, mancherlei Einwendungen gegen Einzelnes in der Deduktion vorbehalten und ohne Präjudiz für die Anwendung auf den höchst eigenthümlich gearteten konkreten Rechtsfall, die Bruns'sche Meinung für das römische Recht und die von diesem zum Beginn der außerordentlichen Ersitzung geforderte bona fides als die richtige ansehe.

Ich kann nicht zugeben, daß bona fides in der Rechtssprache schlechthin ein feststehender Begriff sei, sondern meine, daß das Wort in verschiedenen Bedeutungen auftritt. Es steht damit wie mit so vielen termini technici, die wir geneigt sind, allemal für dieselbe festabgeschlossene Vorstellung zu nehmen, während bei den römischen Juristen der Sinn des Worts ähnlich schwankte und wechselte, wie bei uns der von juristischen Ausdrücken, welche wir unserer lebenden Sprache entnehmen. Sicher bedeutet es in gewissen Fällen einfachen, faktischen guten Glauben, gleichviel wie entstanden und ohne Unterschied, ob durch thatsächlichen oder durch Rechtsirrthum. So überall, wo es einfach den Gegensatz zum dolus darstellen und das in bona fide fuisse die Qualifizirung eines Verhaltens als Delikt abwehren soll. Dahin gehört auch das bona fide emisse des §. 4 I. de usucap. 2, 6, auf welches Wächter besonderes Gewicht legt (vgl. Bruns S. 113 f.). Dagegen besagt b. f. in Vertragsverhältnissen Gewissenhaftigkeit, welche mindestens culpa lata ausschließt. Ebenso ist m. E. (die bedenkliche Deduktion bei Bruns S. 88 ganz dahingestellt) die b. f. als Voraussetzung der Usukapion und longi temporis possessio, der actio Publiciana, des sog. Fruchterwerbes des bonae fid. possessor, des Erwerbes durch den bona fide serviens gewissenhaft begründete Ueberzeugung, daß man sich im Recht befindet, also entschuldbarer Irrthum, soweit Irrthum überhaupt in Frage kommt (vergl. die Fälle bei Bruns, S. 90, 91). Mala fides umfaßt in diesen Fällen außer dem scivisse auch das scire debuisse.

Den Ausschlag müssen hier zum guten Theile allgemeine Erwägungen geben, neben manchen Einzelheiten, welche bei der einen oder andern Institution begegnen. Einen expressen positiven Belag giebt außer der von Bruns S. 96 besprochenen l. 7. §. 2 D. pro emtore eine in dieser Beziehung bisher wohl meist übersehene Stelle: l. 44 pr. D. de usurp. 41, 3. Sie will sagen, daß trotz aller sonst ganz gleichen Voraussetzungen der vermeintliche pater familias durch den vermeintlichen filius familias dennoch die Erwerbe nicht mache, welche der ver-

meintliche dominus durch den bona fide serviens macht. Jene Voraussetzungen werden dahin angegeben:

> Justo errore ductus Titium filium meum in mea potestate esse existimavi, cum arrogatio non jure intervenisset . . .

Also die Arrogatio ist geschehen, der (so zu sagen) Titel da, aber nicht jure, so daß die patria potestas nicht entstanden, z. B. weil der arrogatus nicht pii juris war, auch justus error liegt vor und somit alle Bedingungen, woran der Erwerb durch den bona fide serviens geknüpft ist; nichtsdestoweniger u. s. w.

Mit dieser Ansicht scheint es nicht zu harmoniren, daß Ulpian in l. 25 §. 6 D. de her. pet. als bon. fid. possessor jeden behandelt, der nicht wissentlich die fremde Erbschaft usurpirt; dies ist aber aus der Eigenthümlichkeit des SCtum Juventianum hervorgegangen, welches ohne die Mittelstufe zwischen bon. fid. possessores und denen zu erwähnen, qui scientes bona aliena invasissent, also den praedones, für die letztern Strafbestimmungen angeordnet hatte, welche bedeutend über das Maaß der Haftung eines malae fidei possessor bei der rei vindicatio hinausgingen, so daß sie nicht ohne Ungerechtigkeit auf Nicht-Prädones angewendet werden konnten. Die Interpretation war dadurch genöthigt, malae fidei possessores, welche nicht scientes sich der Hereditas bemächtigt hatten, nach den Normen für die Erbschaftsbesitzer mit justa causa erroris zu behandeln, welche übrigens selbst zum Theil eine schärfere Verantwortung aussprachen, als für eigentliche bon. fid. possessores bei der Eigenthumsklage stattfand.

Als entschuldbar gilt aber bei der Usukapion und der ganzen bezeichneten Gruppe der faktische Irrthum in gewöhnlicher Weise, also soweit er ohne summa negligentia stattfindet. Es versteht sich übrigens, daß das diligenter inquirere der l. 9 §. 2 D. de jur. et facti ign. 22, 6 nicht übertrieben aufzufassen ist; eine Untersuchung nach in abstracto möglichen Verdachtsgründen wird nicht verlangt: der Usukapient darf daher z. B. allerdings a quolibet auf dessen Versicherung, Eigenthümer zu sein, gekauft haben, wenn ihm nicht von beachtenswerther Seite Warnungen zugekommen sind (l. 27 D. de contr. emt. 18, 1).

Der Rechtsirrthum dagegen, gleichviel wie entstanden oder wodurch bestärkt, wird bei der Usukapion und den übrigen aufgeführten Instituten nicht berücksichtigt, um bona fides daraus abzuleiten. Ich erachte den bezüglichen Beweis von Bruns S. 101 ff. für überzeugend, daß jene alte Regel juris ignorantiam in usucapione non prodesse sich nicht auf den Putativtitel, sondern gerade auf die bona fides bezogen hat.

Dieselben Grundsätze aber, welche für die bona fides bei der ordent-

lichen Ersitzung gelten, sind nach dem ganzen Zusammenhange der l. 8. C. de praescr. XXX ann. auch bei der außerordentlichen maßgebend. —

In denselben Stoffkreis gehört noch:

O. Mayer, die justa causa bei Tradition und Usukapion. Ein Versuch aus dem römischen Recht. Erlangen 1871. VI und 249 S. 8vo.

Ich kann nicht anders als dies Buch trotz einzelner guter Bemerkungen und trotz des gewissenhaften Fleißes, welcher sich durchweg bemerkbar macht, für verfehlt erklären und zwar wegen seiner Anlage und der verfolgten Methode. Der richtige Weg, welcher bei neuer Untersuchung der fraglichen Lehren eingeschlagen werden muß und allein zu sichern Resultaten führt, ist die sorgfältigste, namentlich geschichtliche Detailforschung, wie sie Fitting in seinem Aufsatz über den Usukapionstitel, Archiv f. civ. Pr. Bd. 51 und 52 zuerst unternommen hat. Statt dessen hat der Verfasser sich durch kurze lexikalische Erörterung einen Begriff von justa causa zurecht gemacht: sie sei „eine Thatsache, welche einer andern, die an sich der aequitas widerspricht, den Charakter der aequitas verleiht" (S. 4) und stellt kurzer Hand das Wesen der aequitas, des Prinzips „des neueren römischen Rechts, des jus gentium", fest. Dann baut er a priori das ihm natürlich scheinende Verhältniß auf zu der als fertiger Begriff betrachteten Tradition und zu den vom Verfasser auf Grundlage der aequitas konstruirten actio Publiciana und Usukapion, und bemüht sich demnächst mit dem Nachweise der besten Harmonie zwischen seinen Theorien und dem Corpus Juris, ohne genauere Exegese. Das Beste, was man darüber sagen könnte, wäre immer nur, es sei wenigstens möglich, daß Alles sich so verhielte, und wenn die zu Grunde gelegten ersten Vorstellungen gefallen, würde man es vielleicht als erfreulich bezeichnen, wenn es so wäre; aber Ueberzeugung, daß es wirklich richtig ist, wird auf diesem Wege nicht gewonnen. —

7.

Aus anderen Gründen kann ich ein gewisses Unbehagen an den ersten zwei Schriften nicht unterdrücken, welche ich aus dem Obligationenrecht zu erwähnen habe.

Zunächst gegen:

Gruchot, die Lehre von der Zahlung der Geldschuld nach heutigem deutschen Recht. Berlin 1871.

sind vom schriftstellerisch-technischen Gesichtspunkt aus sehr erhebliche Einwendungen zu machen. Es ist ähnlich beschaffen wie die bekannten Glossen des Verfassers zum Text des Landrechts in seinen „Beiträgen

zur Erläuterung des preuß. Rechts", d. h. es ist eine Sammlung aus einer sehr ausgebreiteten Lecture im Corpus Juris, alten und neuen Particularrechten, Gesetzgebungen und Gesetzentwürfen, Gerichtserkenntnissen, alter und neuer Literatur, die ganze Masse nach einer gewissen Disposition geordnet mit eingeflochtenen meist kurzen eigenen Bemerkungen des Verfassers, welche den Gedankengang herstellen und Zustimmung oder Widerspruch bekunden. Die Arbeit ist beendet, wo auf Grund des angehäuften Materials die Ausarbeitung beginnen sollte. Dazu kommt, daß Bedeutendes und Gleichgültiges mit der gleichen Umständlichkeit seitenlang exzerpirt und abgedruckt, das Unbestreitbarste bisweilen mit ganzen Reihen von Auszügen aus ganz indifferenten Gewährsmännern belegt wird. Bei aller Rücksicht, welche den Verdiensten des Verfassers um die Unterhaltung literarischer Thätigkeit im preußischen Juristenstande geschuldet wird, muß man doch Bedenken aussprechen gegen diese Uebertragung einer literarischen Form oder Unform, die bei Beiträgen für eine Zeitschrift erträglich und unter Umständen in manchem Betracht verdienstlich ist, auf besondere monographische Arbeiten. Gegen diesen Hauptfehler verschwindet fast, was sonst noch auszusetzen ist. Eine Darstellung der Zahlung von Geldschulden müßte billig vom Wesen des Geldes und der Geldschulden ausgehen: wir finden beides dürftig als Inzidentpunkte behandelt (S. 83, 87, 97), erhalten aber eine Einleitung über Wesen und Inhalt der Obligationen überhaupt S. 1—5. Eine Menge Dinge sind ausführlich hineingezogen, welche der Erfüllung von Geldschulden gar nicht speziell angehören, sondern der Lehre von der Erfüllung überhaupt (z. B. die Abschnitte S. 15, 29, 48, 111, 130, 172). Lehren, deren Erörterung wirklich am Platze wäre, sind dagegen sehr ungenügend bedacht, so die vom Einfluß von Münzveränderungen S. 101.

Auch bei folgendem Buch läuft man Gefahr, über der äußern Beschaffenheit gegen das etwaige Verdienst des Inhalts ungerecht zu werden:

K. F. F. Kniep, die Mora des Schuldners nach römischem und heutigem Recht. Bd. 1. Rostock 1871 XXIV. u. 621 S. 8vo.

Von vornherein fällt eine arge Geschmacklosigkeit auf, in welche der Verfasser durch den Wunsch verfallen sein mag, seinen Erörterungen mehr Lebendigkeit zu verschaffen. Dieser Vorwurf betrifft nicht bloß sehr zahlreiche Einzelheiten: das Beispiel vom Kalbsbraten S. 94, von der unheilbaren Lehnstuhllosigkeit und von des Lieutenants Reise nach Schwerin S. 103, vom Hemdezustand S. 399, das argumentum ad

hominem von den Grauschimmeln S. 313, die bald gemüthliche, bald sehr grobe Kritik des „Benehmens“ der römischen Juristen (S. 58, 323) u. v. a. m. Vielmehr ist der ganze Ton des Buchs überhaupt für eine juristische Untersuchung stilwidrig; lieber pedantischeste Steifheit als diese Art von Munterkeit. Was noch mehr in das Gewicht fällt, ist die schier unerträgliche Breite und behagliche Weitschweifigkeit, die das Buch zur unerquicklichsten und trotz aller Scherze langweiligsten Lektüre von der Welt macht; es bedarf wirklich Anstrengung und Ueberwindung, um es nicht baldigst bei Seite zu legen, sondern es durchzuarbeiten, nicht wegen der Schwere der Gedanken, sondern wegen des Wortschwalls, mit dem auch die simpelsten Dinge breitgetreten werden. Nur dadurch ist es begreiflich, daß der Verfasser in diesen 600 Seiten von der mora des Schuldners erst die Voraussetzungen erledigt hat, obgleich es wahr ist, was die Vorrede versichert, daß Digressionen möglichst vermieden sind.

Seinen Ausgang nimmt Verfasser von einer Erörterung des Sprachgebrauchs. Mora werde oft in vulgärem Sinn, namentlich für jede Nichtinnehaltung eines Termins oder einer Frist gebraucht, juristisch-technisch aber in doppelter Weise: mora im engern Sinn, entstanden durch Mahnung; im weitern Sinn in einer gewissen Anzahl von Fällen, nämlich vom Fur, Dejizienten, nach Litiskontestation, beim fälligen Vermächtniß zu frommen Zwecken, beim Freiheitsfideikommiß, bei Forderungen eines minderjährigen Gläubigers, bei Abwesenheit des Schuldners. S. 27—72 bemüht sich Verfasser zu zeigen, daß es sich bei dieser mora im weitern Sinne nur darum handelt, daß gewisse einzelne Folgen, welche neben anderen von der echten mora auszugehen pflegen, auch in den betreffenden Fällen eintreten, obgleich echte mora nicht vorliegt und daher deren übrige Gesammtfolgen nicht gleichfalls anerkannt werden. Etwas neues liegt in diesen Ausführungen insofern nicht, als man ja längst darauf aufmerksam geworden ist, daß keineswegs in allen diesen Fällen echte mora stattfindet. Streit besteht nur darüber, in welchen einzelnen darunter wirkliche mora, nicht aber bloß gesetzliche Zinspflicht u. s. w. anzunehmen. Verfasser möchte alle streichen, um seine Identifizirung von mora und (vergeblicher) Mahnung zu rechtfertigen. Daß bei Abwesenheit des Schuldners echte mora ohne wirkliche Interpellation gilt, kann er selbst nicht leugnen (S. 65, 582); den Gegenbeweis beim Dieb und Dejizienten wird man mindestens zweifelhaft finden.

Daß nun Verfasser, soweit die Negative begründet, den Gebrauch des Worts mora überhaupt vermieden wissen möchte S. 62, darin wird

ihm schwerlich Jemand widersprechen. Aber er will auch für den von ihm selbst statuirten engern Kreis echter mora diesen Terminus über Bord werfen und nur noch von „Mahnung" gesprochen wissen S. 67. Aber der neue Ausdruck ist schlecht gewählt. Er deckt nicht die vom Verfasser anerkannten Anwendungsfälle der Regel dies interpellat pro homine (S. 118 ff.). Auch ist die Mahnung in Wahrheit gar nicht das Entscheidende, sondern ihre Vergeblichkeit, die Unterlassung der Erfüllung seitens des Schuldners trotz der Mahnung. Ein Theil der dem Worte mora gemachten Vorwürfe trifft auch „Mahnung"; Verfasser selbst muß sich S. 70 f. mit gewissen andern „Mahnungen" auseinandersetzen. Ich denke, wir thun besser, bei dem alten terminus technicus stehen zu bleiben.

Die Erkenntniß des Wesens der echten mora hat, glaube ich, durch die Erörterungen dieses 1. Bandes keine Fortschritte gemacht, und nur daraus könnte doch ein neues so umfassendes Buch über die Lehre mit ihren zum Theil recht alten Detailstreitfragen seine Legitimation entnehmen.

Aus dem Gebiete der mora scheidet Verf. unter Anderem aus die Obligationen, bei deren Erfüllung eine Mitwirkung des Gläubigers nicht erforderlich ist (S. 81 ff.). Dies ist falsch abstrahirt aus einer richtig beobachteten Erscheinung, die nicht bei allen diesen, aber auch nicht ausschließlich bei solchen sich findet: es handelt sich darum, daß bei gewissen Obligationen die einfache Verzögerung prästable culpa sein kann. Wie kommt es nun, daß bei andern Obligationen nur derjenige Verzug, welchem eine Mahnung vorangegangen ist, dem Schuldner als sog. Mora in ähnlichem Grade nachtheilig wird?

Verfasser hält nur eine historische Erklärung für möglich S. 89 und scheint sie in dem oder einem der folgenden Bände liefern zu wollen (S. 72); denn die Bemerkungen S. 326 ff. genügen begreiflicher Weise nicht. Jedenfalls hat er die Lösung der Aufgabe sich derart, daß eine innerliche Rechtfertigung schwer denkbar ist, durch die Auffassung erschwert, welche er selbst von dem Wesen der mora hegt. Brinz hat mit Recht bemerkt: die alte Frage, ob mora eine Verschuldung des Schuldners voraussetze, sei falsch gestellt; es handle sich vielmehr darum, daß der Verzug selbst, um mora zu sein, eine Verschuldung sein müsse. Kniep aber bekämpft S. 326 ff. eifrig und umständlich die bisherige Annahme, der Schuldner müsse, um in mora zu kommen, die Existenz seiner Schuld kennen, und was sonst für die Auffassung seines Verhaltens als Verschuldung in das Gewicht fallen würde. Und so gelangt er denn S. 421 unter unnützer Verwickelung

durch das Eingehen auf die Ideen von Heißler (das Civilunrecht und seine Formen, Wien 1870) zu der Aufstellung: die Nichtbeachtung der Mahnung sei jedenfalls objektives Unrecht. Er selbst erkennt als regelmäßige Folge solches Unrechts ohne Verschuldung die an, daß der Gekränkte einfach nur Herstellung des seinem Recht entsprechenden Zustandes fordern kann: dies würde hier auf die simple Erfüllungsklage führen. Wie kommen wir aber hier zu den weitergehenden Folgen der mora? Der Umstand, daß „in Folge der nichtbeachteten Mahnung gar leicht auch andere gegebene Rechtsbestände verschoben werden können" (S. 425), vermag dies nicht zu rechtfertigen, da dieser Grund so ziemlich bei jedem objektiven Unrecht zutrifft: die mannigfachsten Nachtheile können mir doch z. B. dadurch erwachsen, daß Jemand optima fide meine Sache besitzt und mir vorenthält.

Es ist nicht meine Sache hier im Einzelnen auf die Ausführungen des Verfassers einzugehen; ich meine, daß sie, soweit sie Neues bringen, überwiegend häufig Widerspruch herausfordern dürften. Beistimmend möchte ich den Nachweis hervorheben, daß die Fälligkeit nicht unbedingt schon vor der Mahnung vorhanden sein muß, sondern daß es genügt, wenn sie nur erst durch die Mahnung selbst eintritt (S. 431), sowie die Erörterung über den richtigen Zeitpunkt der Mahnung bei Leistungen, welche eine längere Zeit in Anspruch nehmen (S. 441). Die Abschnitte über Art, Zeit, Ort, Gegenstand der Mahnung S. 508—553 enthalten neben manchem Bedenklichen viele treffende Bemerkungen und gute Illustrationen zu der in l. 32 pr. D. de usur. ausgesprochenen Warnung vor schematischer Formulirung geschlossener Regeln für die Beurtheilung konkreter Fälle. Befremdlich ist die Weise, wie Verfasser S. 327 und sonst auf Grund von l. 91 §. 3 D. de V. O. (veteres constituerunt) von einer „Einführungskonstitution der Mahnung" spricht. Desgleichen die Notiz über die „eigene Bewandtniß", welche es mit der actio legis Aquiliae hat (S. 92). Die neue Auffassung der Correalobligationen, als mehrerer Obligationen, jede bedingt dadurch, daß die andere nicht erfüllt wird (S. 310), wird sich keine Freunde erwerben. —

Ungleich erfreulicher ist der Eindruck folgender zu dem Jubiläum von Huschke erschienenen Festschrift, wenn auch ihr Thema bereits eine ganze Literatur für sich besitzt:

H. Schwanert, die Kompensation nach römischem Recht. Rostock VIII u. 75 S. 8vo.

Verfasser schickt S. 1—28 eine Kritik der herrschenden Lehre von der Kompensation im Allgemeinen und namentlich der verschiedenen

Auffassungen des berufenen Satzes ipso jure compensatur voran. Er unternimmt sodann den Beweis, erstens, daß dieser Satz keine Bedeutung für das materielle Compensationsrecht habe, und zweitens, daß die Compensationseinrede von allen andern Einreden wesentlich verschieden sei.

In Betreff der erstern Frage kehrt Schwanert zu der Ansicht zurück, daß ipso jure hier wie sonst so oft im Gegensatz zu ope exceptionis und also in rein prozessualischem Sinn verstanden werden müsse, daß also jene Regel für die Zeit des Formularprozesses einfach besagen würde: es bedürfe keiner Erwähnung der Einrede in der formula in Gestalt einer exceptio, der Richter hatte sie zu berücksichtigen, auch wenn sie zuerst in judicio vom Beklagten vorgebracht wurde. Die Schwierigkeit der Erklärung, wie Justinian dazu gekommen, die Regel seinerseits noch mit solchem Gewicht generell vorzuschreiben, in omnibus actionibus, nachdem doch Formel und Exceptio verschwunden, sucht Schwanert dadurch zu lösen, daß er ebenso wie Wieding und Muther noch für den justinianischen Prozeß eine formelle Differenz zwischen ipso jure und ope exceptionis wirksamen Einreden statuirt: letztere hätten noch immer vor der Litiskontestation vorgebracht werden müssen, während die Aufstellung der erstern bis zum Urtheil zulässig gewesen sei (S. 30, 33). Die herrschende Meinung hat sich bisher gegen diese Behauptung noch ablehnend verhalten. Schwanert selbst muß ferner zugeben, daß mit seiner Auffassung der Regel die Aeußerungen von Paulus in l. 4. 21 D. de compens. 16, 2 und rec. sentent. 2, 5, 3, sowie l. 4 C. de comp. 4, 31 nicht vereinbar sind (S. 36—45), indem darin ganz klar dem ipso jure eine materielle Bedeutung beigemessen wird. Er glaubt, diese Stellen bei Seite schieben zu können, indem sie bloße von anderer Seite und zum Theil von Paulus selbst anderwärts nicht anerkannte Folgerungen aus dem an sich rein formellen Satze enthalten sollen (S. 46); aber es bleibt unaufgeklärt, wie Paulus zu solchen materiellen Folgerungen aus der Entbehrlichkeit der Exceptionsform gelangen konnte (S. 49). Was diese letztere selbst betrifft, sieht sich Schwanert gegenüber den vorliegenden bestimmten Zeugnissen zu der Annahme genöthigt, daß die Praxis die Exceptionsform, wo sie ursprünglich wenigstens nothwendig war, allmälig beseitigt und das ipso jure compensari (in dem formellen Sinne) wenigstens bei allen actiones in personam durchgeführt habe. Justinian soll dann die — nunmehr durch das ipso jure bezeichnete — Zulässigkeit der Vorbringung bis zum Urtheil bei den persönlichen Klagen nur anerkannt,

bei den actiones in rem erst neu eingeführt, zugleich aber auch auf liquide Gegenforderungen beschränkt haben (S. 50 ff).

Von allen Einwürfen aus dem historischen Entwickelungsgange der Kompensation im Allgemeinen abgesehen, steht und fällt die Möglichkeit der fraglichen Auffassung des ipso jure comp. mit jener Wieding'schen Annahme über die formelle Besonderheit der alten Exceptionen im spätern Prozesse: ist diese unrichtig, so muß nothwendig unsere von Justinian mit so viel Aplomb verallgemeinerte Regel einen andern Sinn haben. Ich gestehe, daß die Wieding'sche Beweisführung für mich nichts Ueberzeugendes besitzt, zumal die Irrationalität jener Erscheinung demjenigen doppelt befremdlich erscheinen muß, der von der richtigen Ansicht über das Wesen der Exceptionen — einfach als prätorischer Einreden — ausgeht; denn ihm fehlt jedes Verständniß, weshalb man an dem ausschließlich durch die Formel-Einrichtung entstandenen Zwang der frühen Allegirung hätte festhalten sollen.

Andererseits räume ich ein, daß die von Schwanert bekämpften Auffassungen, selbst die Dernburg'sche, für welche mir bisher das Meiste zu sprechen schien, sich eben so wenig als haltbar erweisen. Ich möchte hier von dem durch Bekker (Aktionen S. 4) beanspruchten Recht, so zweifelhaft es mir übrigens scheint, einmal Gebrauch machen, einen (wie ich wenigstens glaube) neuen Gedanken auszusprechen, ohne mich seinem Beweise zu unterziehen. Compensare bedeutet an sich einen gemeinschaftlichen Akt der beiden Personen, welche gegen einander aufrechnen, ein von ihnen zusammen vorgenommenes Rechtsgeschäft. Ich möchte nun in dem ipso jure fieri compensationem einfach den Gegensatz zu solcher vertragsweisen Kompensation suchen: es handelt sich darum, daß die Kompensation nicht als Abrechnung, sondern direkt als Tilgung, auf einseitiges Verlangen des einen Theils und sonach von Rechtswegen abgesehen von entsprechender Uebereinkunft der Parteien stattfinden soll.[1]) Auf welchem Wege übrigens diese nicht vertragsmäßige, sondern von Rechtswegen stattfindende Kompensation durchgesetzt wurde (officium judicis, agere cum deductione, cum compensatione, exceptio), ist für das ipso jure fit compensatio an sich selbst gleichgültig und hat nur für die Erkenntniß Bedeutung, wie die Kompensation ohne Vertrag und auf einseitiges Verlangen allmälig in immer zahlreichern Fällen Anerkennung gefunden hat, theils jure honorario, theils jure civili, bis

[1]) Aehnlich steht z. B. in l. 1 §. 9 D. ad SCt. Trebell. 36, 1 ipso jure um die Entbehrlichkeit eines besonderen Rechtsakts, der formellen Restitutionserklärung zu bezeichnen.

Justinian sie schließlich auch denjenigen Forderungen gegenüber anordnete, welche mit actiones in rem geltend gemacht werden, sei es als Nebenansprüche, sei es daß die dingliche Klage selbst sachlich in eine Forderung ausläuft. Ich möchte annehmen, daß diese Auffassung sich auf das beste mit der Ausdrucksweise unserer Quellen, mit der Geschichte und der materiellen Behandung der Kompensation vereinigen läßt, — im Gegensatz zu allen andern, welche stets einen bedenklichen Widerspruch mit einem Theil des sichern Materials übrig lassen müssen. Namentlich verträgt sie sich vortrefflich mit der von Schwanert selbst in dem Schlußtheil seiner Schrift S. 60 ff. gegebenen Darstellung des Wesens der Kompensationseinrede, welcher ich durchaus beitrete, und von der ich glaube, daß sie die allgemeinste Anerkennung erhalten wird.

Er führt aus, daß die Folgerungen, welche man für den Bestand der beiderseitigen Obligationen aus der Kompensabilität zu ziehen pflegt, mit alleiniger Ausnahme der Sistirung des Zinsenlaufs nach der Konstitution des Severus, unbegründet sind. Die Möglichkeit, eine Schuld durch Kompensation statt durch Zahlung zu tilgen, affizirt die betreffende Obligation selbst zunächst ebenso wenig, wie es die Möglichkeit der Zahlung thut. Die sog. Kompensationseinrede unterscheidet sich von den gewöhnlichen Einreden dadurch, daß sie die eingeklagte Forderung nicht als unbegründet darstellt, sondern sogar deren Begründetheit voraussetzt, und daß sie nicht den klägerischen Anspruch an sich, sondern den Anspruch auf Baarzahlung elidirt, indem Beklagter seine gesetzliche Befugniß zu kompensiren anstatt zu zahlen, geltend macht. Gerade darum ist nothwendige Voraussetzung, daß die zur Kompensation zu benutzende Gegenforderung selbst noch jetzt ebenfalls gültig ist. Aber auch außergerichtlich darf der Schuldner dem Gläubiger, so gut wie Zahlung, die Befriedigung durch Kompensation anbieten, mit derselben Wirkung wie beim Zahlungsangebot, und von da ab — nicht schon vom Augenblick der bloßen Kompensabilität an — ist von mora, von Verfall einer Konventionalstrafe nicht mehr die Rede und entzieht der nunmehr erst eintretende etwaige Untergang der Gegenforderung nicht ferner das Kompensationsrecht.

Eine letzte Schrift aus dem Obligationenrecht gehört in den Cyclus der neuen Fortsetzungen zu dem Glück'schen Pandekten-Kommentar und ist als Theil 1 in der Serie der Bücher 39 und 40 rubrizirt, aber auch als besonderes Werk erschienen unter dem Titel:

H. Burckhardt, die operis novi nuntiatio. Erlangen 1871. XV und 599 S. 8vo.

Sie paßt an sich in ihrer ganzen Haltung besser in das Genre des

Hauptstammes des Werks, als Band 1 der von Leist übernommenen Serie der Bücher 37 und 38; nichtsdestoweniger kann man die Frage nicht unterdrücken, ob es nicht besser gewesen wäre, etwa nach Erledigung der Vermächtnißlehre durch Arndts (über die nachher noch zu sprechen) den Kommentar als abgeschlossen zu betrachten. Eine „Vollendung“ desselben wird doch nicht erzielt, nur eine Reihe unter einander sehr verschiedenartiger Monographien, welchen die Hellfeld'schen Paragraphen-Zahlen als eine wunderliche Maske aufgezwungen werden.

Das Maß der Ausführlichkeit, welches für den Kommentar hergebracht ist, dürfte in der Burckhard'schen Arbeit noch überschritten sein. Etwas weniger Umständlichkeit in der Polemik gegen Andere und in der Entwicklung der eigenen Ansichten würde hier wie immer dem Eindruck erheblich zu Gute gekommen und vom Leser dankbar aufgenommen worden sein. An sich war eine neue monographische Bearbeitung der operis novi nunciatio nach dem ähnlich umfangreichen Buche von Stölzel gewiß wünschenswerth, und sie braucht weder in den Haupt-, noch in den Einzelfragen den Vorwurf des rem actam agere zu fürchten.

Unter den ersteren steht die nach Wesen und Voraussetzungen der Remission voran. Verfasser adoptirt mit Recht die Ansicht von Schmidt, daß die bedingte Bauerlaubniß bei formeller Gültigkeit der Nunziation Kautionsleistung seitens des Nunziaten erheischt (S. 337 ff.). Dagegen vermag ich mich mit der weitern — übrigens besser als bisherige ähnliche durchgeführten — Meinung des Verfassers nicht zu befreunden, daß das Remissionsdekret ein prohibitorisches Interdikt gewesen sei (S. 297 ff.): der Prätor verwandle das unbedingte Privatverbot in ein durch das Prohibitionsrecht des Nuncianten bedingtes Interdikt gegen den Bau um. Das Verfahren entwickele sich demnächst so, daß Nunziant, falls Nunziat nunmehr wirklich baut, aus dem Interdikt klagt: um damit zu siegen, muß er sein Verbietungsrecht erweisen. Ein Interdikt, erlassen auf Antrag des künftigen Interdiktbeklagten, um nur dies zu erwähnen, müßte besser bescheinigt sein, als durch das, was Verfasser bringt. Die üblen Folgen, welche für den Nunzianten nach dieser Meinung gerade sein verfehlter Gedanke besitzen würde zu nunziiren und bei dem ediktmäßigen Wege zu beharren, statt sein Recht in petitorio zu verfolgen, hat Verfasser selbst sich nicht verhehlt (S. 393 ff.). Zweifelhaft ist mir ferner die Annahme, daß auch nach geleisteter außergerichtlicher cautio ex operis novi nunciatione der Nunziant nicht aus seinem Verbietungsrecht, sondern mit der actio ex stipulatu zu klagen hatte, bei welcher ersteres wieder nur als Bedingung des erhaltenen Restitutionsversprechens zu erweisen war (S. 492 ff.). Durch jene An-

sicht über die Remission sind begreiflicher Weise die Anschauungen des Verfassers über die mit dem ganzen Institut vor und durch Justinian eingetretenen Veränderungen wesentlich bedingt (S. 517). Schon vor Justinian sei, wie im Allgemeinen der formelle Ausspruch der Interdikte, der Remissionsbefehl weggefallen, mit ihm zugleich sowohl die für die Remission erforderliche Kaution, als die außergerichtliche cautio ex operis novi nuntiatione. Auf den Remissionsantrag des Nunziaten sei Nunziant genöthigt worden, seinerseits die causa nuntiationis anzugeben, wenn er nicht die unbedingte Aufhebung des Banns geschehen lassen wollte; damit habe denn aber, wenn Nunziat widersprach, der Prozeß über das Prohibitionsrecht unmittelbar begonnen, übrigens auch wieder ein Prozeß, worin der Kläger als der Angegriffene, Provocirte erscheint; bis zum Ausgang dieses Prozesses habe jetzt das Bauverbot unbedingt ein ganzes Jahr lang fortbestanden ohne Möglichkeit für den Beklagten, sich die interimistische Bauerlaubniß durch Sicherheitsleistung zu verschaffen. Justinian habe in der bekannten und vielbestrittenen l. un. C. de novi op. nunc. 8. 11 ihm diese Möglichkeit vermittelst einer von den beiden ältern wesentlich verschiedenen Kaution für den Fall wiedergewährt, daß der Prozeß länger als drei Monate dauert. —

8.

Das eigentliche Familienrecht ist der wenigst kultivirte Theil des gemeinen Civilrechts; das vergangene Jahr bietet ebenfalls keinen Fortschritt in der juristischen Durchdringung der bezüglichen Verhältnisse. Von der Familiengüterlehre ist nur das Dotalrecht von jeher viel behandelt worden, in den letzten Jahren in den umfassenden Monographien von Bechmann und Czyhlarz. Neuerdings hat aber auch die Lehre vom Einfluß der väterlichen Gewalt auf das Vermögen mehr Beachtung gefunden. Die nicht leicht nachzudenkende, uns vielfach wenig kongeniale Ausbildung in der klassischen Rechtszeit, ungewöhnliche Interpretations-Schwierigkeiten der bezüglichen Quellen, die umgekehrt wenig durchgebildeten und darum noch mehr Mühe erheischenden Neuerungen der spätesten Zeit, die dornige Aufgabe der Scheidung des Geltenden und Veralteten im heutigen Leben, dogmengeschichtliche Untersuchungen der lästigsten Art erfordernd, all dies macht das lange Zurücktreten der Lehre begreiflich, muß uns aber auch mit besonderem Dank für Diejenigen erfüllen, welche ihrer neuen Erforschung sich unterziehen.

Fitting hat uns im Jahre 1871 mit einer Arbeit dieser Art für einen wichtigen Abschnitt beschenkt, das peculium castrense und quasi castrense; ich selbst habe bereits über das werthvolle Buch in Band 5

S. 268 dieser Zeitschrift ausführlich berichtet. Den Anfang einer Bearbeitung der ganzen Lehre bietet jetzt:

Mandry, das gemeine Familiengüterrecht mit Ausschluß des ehelichen Güterrechts. Bd. 1. Tübingen 1871. XVII und 524 S. 8vo.

Nach dem S. 3 entwickelten Plane will Mandry von dem Einfluß der väterlichen Gewalt auf das Vermögen in 7 Büchern handeln: Grundlagen; profectizisches Pekulium, Haftung des Vaters für das Hauskind; kastrensisches Pekulium; adventizisches Vermögen; die justinianischen Prinzipien und ihre Rückwirkung auf das frühere Recht; das in Deutschland geltende gemeine Familiengüterrecht. Der vorliegende 1. Band umfaßt nur das 1. Buch „die Grundlagen."

Als diese Grundlagen bezeichnet Verfasser zwei Prinzipien, in deren Besprechung sich die beiden Kapitel des Bandes theilen: die Unfähigkeit des Hauskindes, Subjekt von Privatrechten, speziell von Vermögensrechten, also eines aktiven Vermögens zu sein; sodann die Fähigkeit desselben, sich Dritten gegenüber zu verpflichten, also Schulden zu haben.

Den zweiten Grundsatz schließt Verfasser von dem ältesten Bestande aus und schreibt ihn erst der spätern, übrigens noch vorklassischen Entwicklung zu (S. 340 –345). Dagegen die Vermögensunfähigkeit (nicht bloße Vermögenslosigkeit, auch keine latente Mitberechtigung am Vermögen des Hausvaters: S. 6—28) gehört zu dem Grundstock des ältesten römischen Rechts. Mandry erkennt an, daß sie in engster Verbindung mit der Regel steht, daß jeder Erwerb der Kinder rechtlich Erwerb des Hausvaters ist (S. 6); sie habe aber nicht ihren Grund in diesem Anspruch des Vaters auf den Erwerb des Kindes (S. 28), sondern sei umgekehrt dessen Voraussetzung und Ausgangspunkt (S. 56). Sie wurzele auch nicht in der juristischen Natur der patria potestas (S. 30 ff.), sondern sei unmittelbar durch die Organisation der römischen Familie gegeben (S. 35—56). Deren Grundzüge seien indogermanisches Gemeingut, die rechtliche Gestaltung aber, namentlich die Dauer der Unterwerfung des Kindes während des ganzen Lebens des Vaters und die völlige (Vermögens-)Rechtlosigkeit des Kindes spezifisch römisch.

S. 66—339 enthält die Entwicklung des Prinzips der Vermögens-Unfähigkeit des Kindes und seiner Folgesätze. Es wird besprochen der Erwerb des Vaters durch die Kinder (S. 56—183), die effektive Vermögenslosigkeit des Kindes und ihre Folgen: als solche gelten dem Verfasser unmittelbar nur die Unmöglichkeit einer Beerbung des Hauskindes

(S. 187—189) und der Mangel der Testirbefugniß (S. 189—195); die behauptete Nichterequirbarkeit der Schulden des Hauskindes (S. 404 bis 114) und die Unmöglichkeit von Rechtsgeschäften zwischen Vater und Kind (S. 150—165, 365—386) läßt er nur mittelbar damit zusammenhängen. Dann die Abschwächung des Prinzips: der allmälig sich bildende Schutz gewisser Interessen des Kindes durante patria potestate, namentlich die Anerkennung klagbarer Ansprüche desselben gegen den Vater auf Dotation und Alimentation (S. 206—266); Uebergang von Rechten auf das gewesene Hauskind ohne Vermittlung durch Erbfolge (S. 267—288); endlich die dos für die Ehe des Haussohns und die dos der filiafamilias (S. 288—339).

In dem zweiten der Verpflichtungsfähigkeit des Hauskindes gewidmeten Kapitel schließt sich an deren nähere Darstellung S. 345—431 das SCtum Macedonianum an unter dem Gesichtspunkt einer darin enthaltenen Abschwächung des Prinzips selbst (S. 431—524).

Ueberall bewährt sich Scharfsinn und Sorgfalt des Verfassers in der Verfolgung der aufgestellten Grundsätze nach allen Seiten und Konsequenzen unter genauer Berücksichtigung der bisherigen Literatur und gewissenhafter Exegese. Aber die versuchte Unterordnung des ganzen Stoffs unter jene zwei Prinzipien ist nicht glücklich zu nennen. Sie wird erkauft durch die Zurückdrängung der Herrschaft des Vaters kraft seiner patria potestas in eine scheinbar sekundäre Rolle; erscheint doch sogar die von ihr bedingte Behandlung von Delikten der Kinder gegen den paterfamilias (S. 354 ff.) und von Kontrakten zwischen ihnen (S. 360 ff.) als eine durch die patria potestas bewirkte Durchkreuzung des Prinzips der Verpflichtungsfähigkeit des filius familias. Wenn aber Mandry soviel Gewicht darauf legt, daß nicht das Bestehen der patria potestas, sondern die Organisation der römischen Familie das eigentlich bestimmende Moment für die Vermögensunfähigkeit des Kindes sei, so müssen wir fragen, worin anders diese Organisation besteht, als in der den Römern eigenthümlichen Erhebung der natürlichen Stellung des Hausvaters zur absoluten Hausherrschaft. Der Verfasser hat offenbar eine strengjuristische Konzentrirung seines Stoffs erstrebt, aber bei diesem Bestreben die wirkliche Einheit nicht erreicht, indem er den natürlichen Ausgangspunkt und die eigentliche Grundlage verschmäht hat, auf welcher sich das älteste Familiengüterrecht als juristisches Ganzes und seine Geschichte als ein kontinuirlicher Prozeß darstellen läßt, welcher wesentlich in der schrittweisen Abschwächung der Souveränetät des Familienhauptes besteht.

9.

Aus dem gesammten Erbrecht liegt nur eine einzige Arbeit vor, Band 47 Abth. 1 der schon erwähnten den Vermächtnissen gewidmeten Fortsetzung zu Glück von Arndts (307 S. 8vo).

Die größere Hälfte S. 1—178 wird durch die Lehre von den Prälegaten eingenommen, von welcher wir eine solide Revision in ihrem ganzen Umfange erhalten, nur mit Ausnahme einiger in den Kommentar zu den Titeln ad legem Falcid. und ad SCtum Trebell. verwiesener Fragen (S. 79). Der Verfasser entscheidet sich für die Ansicht, daß das Prälegat nicht von Anfang an auf den der eigenen Erbportion des Prälegatars entsprechenden Theil nichtig, sondern ursprünglich auf das Ganze gültig errichtet sei und nur erst durch das Erbewerden des Bedachten pro rata parte unwirksam werde (S. 104—116). So geneigt man sein wird, der überzeugenden Beweisführung des Verfassers beizutreten, so ist es ihm nicht gelungen, den Widerspruch der L. 75 §. 1 D. de. leg. 2 befriedigend aufzulösen oder auch nur zu erklären: er selbst adoptirt jetzt als Nothbehelf im Wesentlichen die gezwungene von Schütze (Bekker's und Muther's Jahrb. Bd. 3 S. 410 f.) gegebene Deutung der Stelle (S. 119 ff.), welcher er in seinen Pandekten §. 544 A. 2 entgegengetreten war und deren überzeugende Kraft er selbst auch jetzt noch nicht anzuerkennen vermag (S. 124): sie geht davon aus, daß unter praeceptiones legatae gar kein eigentliches Prälegat zu verstehen ist. Eine praktische Differenz bedingt jene Verschiedenheit der Grundauffassung nur in dem Fall, daß der Prälegatar vor dem Erbschaftsantritt verstirbt. Unter den Folgen, welche aus beiden Ansichten übereinstimmend abgeleitet werden müssen, ist die exorbitanteste die subtile Vertheilung des Legats durch Anwachsung unter Kollegataren, welche bestimmt beim Prälegat in Vindikationsform gegolten hat, von der herrschenden Meinung aber allgemein für das justinianische Vermächtnißrecht statuirt wird. Wenn man auch die von Arndts S. 160 ff. wiederholte Polemik dagegen nicht vollkommen gelungen finden mag, so glaube ich doch, daß wir seiner Opposition gegen die heutige praktische Anwendung jener krausen Berechnungen (S. 170) beistimmen müssen.

Den Rest des Bandes von S. 178 an füllt dem §. 1522 von Hellfeld entsprechend die Erörterung, wer mit Vermächtnissen belastet werden und in welchem Maße dies geschehen kann, überall mit völliger Erschöpfung der in den Quellen gegebenen Kasuistik und mit sorgfältiger Neuprüfung aller aufgetauchten Zweifel und Streitigkeiten.

Die baldige Weiterführung dieser Gesammtdarstellung der Vermächtnißlehre muß um so lebhafter gewünscht werden, je weniger die vorhandenen Bücher über diesen Theil des Erbrechts billigen Anforderungen genügen, und je mehr dieselben von der neuen Bearbeitung übertroffen werden, während wenig Aussicht besteht, daß die von Köppen und von Schirmer begonnenen Monographien des ganzen Erbrechts in naher Zeit bis zu den Legaten fortschreiten werden. —

Breslau, Mai 1872.

XIV.

Ueber die Anwendung des preußischen Gesetzes vom 12. März 1869, betreffend die Ausstellung gerichtlicher Erbbescheinigungen in Betreff von Intestat-Erben.

Von Herrn Stadtgerichtsrath L. Korn zu Berlin.

I.

Rechtliche Natur der eidesstattlichen Versicherung.

Das Gesetz vom 12. März 1869 macht die Ertheilung einer Erbbescheinigung davon abhängig, daß der Erbprätendent eine eidesstattliche Versicherung abgiebt, und normirt diese dahin, daß er zu erklären hat, daß ihm andere gleich nahe oder nähere Erben nicht bekannt seien. Es entfernt sich mit dieser Formel von dem Rechtsgrundsatze, daß nur Thatsachen durch einen Eid oder durch eine eidesstattliche Versicherung festgestellt werden können, und führt deshalb zu Bedenken über seine Ausführung im Ganzen.

Der Begriff eines Erben enthält ein Urtheil. Derselbe knüpft zwar an die thatsächlichen Verhältnisse der Verwandtschaft an, construirt sich aber erst durch die Anwendung der gesetzlichen Vorschriften vom Erbrechte auf diese und durch die hieraus gezogenen Schlußfolgerungen. Die Verbindung der thatsächlichen Verhältnisse nach gewissen Rechtsregeln und der hieraus gezogene Schluß führt erst dahin, einer Person ein Erbrecht nach einem Verstorbenen beizulegen und sie zum Erben in einem bestimmten Falle zu erklären.

Das Urtheil, welches der Erbprätendent in der eidesstattlichen Versicherung abgiebt, ist ein dreifaches:

1) daß ihm ein Erbrecht zusteht,
2) daß keine besser berechtigten Personen vorhanden sind, und:
3) daß nicht andere Personen da sind, welche ein gleiches Erbrecht haben.

Auch wenn alle Thatsachen, die in Frage kommen können, feststehen, kann das Erbrecht streitig sein.[1]) Bei einem solchen Streite, der nur durch einen Prozeß zum Austrage gebracht werden kann, walten die größten Bedenken gegen die eidesstattliche Versicherung mit ihrem sofortigen Urtheile über das Erbrecht ob. Das Gesetz hindert einen Prätendenten, der von der Richtigkeit seines Anspruchs überzeugt ist und eine Erbbescheinigung wünscht, keineswegs sie schon vor Anstellung des Prozesses abzugeben. Welchen Werth soll sie dann haben? — Auch der Richter muß sie fordern, wenn ein solcher Streit bei Gelegenheit einer Nachlaßregulirung entsteht, um die Zahl der Erbprätendenten zu begrenzen und die Parteien, unter denen der Streit auszutragen ist, festzustellen. Es giebt hierzu kein anderes Mittel. In diesem Falle enthält sie eine petitio principii mit ihrem abgeschlossenen Urtheile in dem Worte: Erbe. So lange das Erbrecht streitig ist, können die Erbprätendenten die eidesstattliche Versicherung, wie sie im Gesetze vom 12. März 1869 normirt ist, nur unter der Reservation abgeben, daß ihre rechtliche Beurtheilung der Sachlage auf keinem Irrthume beruhe, und Niemand kann zu einem Eide oder einer eidesstattlichen Versicherung genöthigt sein, bei der er sich solche Reservation machen muß oder darf.

Die Basis jedes Erbrechts ist abgesehen von dem Rechte des überlebenden Ehegatten und der ausnahmsweise berechtigten Institute die Verwandtschaft. Die Nähe des Verwandtschaftsgrades ist aber nicht durchgehends für die Erbfolge entscheidend. Das Erbrecht durchbricht vielfach die einfache Reihenfolge der Verwandtschaft und locirt die Verwandten in seinen Klassen nach anderen Gesichtspunkten als nach der Nähe des Grades. Theils werden entferntere und nähere Verwandte sich gleichgestellt,[2]) theils werden gleich nahe Verwandte verschieden be-

[1]) Es liegt gerade folgender Fall vor. Eine in Schlesien außerehelich geborene Person hat ihren Wohnsitz nach Berlin verlegt und ist hier verstorben. Ihre Mutter ist vor ihr mit Tode abgegangen, hat aber noch ein uneheliches Kind hinterlassen, welches in Schlesien geboren ist und dort domicilirt. Nach dem in Schlesien geltenden Landrechte gehören uneheliche Kinder nicht zur Familie ihrer Mutter, während sie nach dem römischen Rechte der Mark zu dieser gerechnet und von den übrigen Kindern ihrer Mutter wie Halbgeschwister beerbt werden. Es handelt sich also nur um die Rechtsfrage, welches Recht zur Anwendung kommen muß, und was soll hierbei die eidesstattliche Versicherung des Erbprätendenten mit ihrem abgeschlossenen Urtheile, daß ihm keine anderen Erben bekannt seien, bedeuten?

[2]) In der zweiten Klasse des römischen Rechts werden Verwandte ersten, zweiten und dritten Grades zugleich berufen.

handelt.[3]) Nur in der vierten Klasse des römischen Rechts und in der fünften Klasse des Landrechts entscheidet allein die Nähe des Grades der Verwandtschaft über das Erbrecht. Die Frage der Verwandtschaft ist thatsächlicher Natur, und die des Erbrechts rechtlicher Natur. In den beiden negativen Urtheilen, welche der Erbprätendent mit der eidesstattlichen Versicherung auszusprechen hat, wird Beides nicht gesondert, sondern That- und Rechtsfrage verbunden behandelt. Der Grundsatz, daß jeder die Gesetze seines Landes kennen müsse, findet nur gegen Handelnde und zum Nachtheile von ihnen eine Anwendung. Es soll sich Niemand mit der Unkenntniß des Landrechts entschuldigen dürfen.[4]) Dafür, daß ein Interessent das zutreffende Recht richtig aufgefaßt und angewendet hat, giebt es keine Präsumtion. Dies ist von dem Gerichte nach Lage jedes Falles zu beurtheilen, ohne daß eine Präsumtion für oder wider zugelassen werden kann. Die Formel der eidesstattlichen Versicherung, wie sie im Gesetze normirt ist, entzieht diese Beurtheilung dem Gerichte, indem in ihr die Thatfrage mit der Rechtsfrage vermischt ist. Sie überläßt dem Prätendenten des Erbrechts alles, so daß nach ihr nicht das Gericht, sondern der Prätendent das Erbrecht sich beilegt.

Die Mark Brandenburg ist von Provinzen umgeben, in welchen ein anders Intestat-Erbrecht als in ihr gilt, und die tägliche Erfahrung lehrt, daß in diesen Provinzen selbst die Juristen das brandenburgische Recht nicht kennen. Wenn eine Vermuthung obwalten kann, so kann sie nur dahin gehen, daß die in auswärtigen Provinzen wohnenden Interessenten keine Kenntniß von dem Lokalrechte des in einer anderen Provinz verstorbenen Erblassers haben. Die Formel der eidesstattlichen Versicherung, wie sie das Gesetz normirt hat, entzieht auch bei solchen Interessenten dem Gerichte die Prüfung, ob das Gesetz richtig verstanden und richtig angewendet ist, und überläßt sie dem Erbprätendenten, so daß auch in diesem Falle nicht das Gericht, sondern er es ist, der sich das Erbrecht beilegt.

II.

Das Urtheil der Partei und das Urtheil des Richters.

Es ist juristisch ein Widerspruch in sich selbst, daß Jemand zu einem Eide oder zu einer eidesstattlichen Versicherung verstattet wird,

[3]) Der Neffe beerbt den Onkel in der zweiten römischen Klasse und der Onkel beerbt den Neffen in der vierten römischen Klasse.

[4]) Einleitung A. L.-R. §. 12.

bei der er sich eine Mentalreservation machen darf, ja in gewissen Fällen machen muß.

Es ist juristisch ebenso ein Widerspruch in sich selbst, daß das Urtheil über den Anfall eines Rechtes lediglich einem Interessenten überlassen sein soll, und daß dennoch das Gericht ihm eine Bescheinigung über sein Recht ertheilen soll. Wäre die Absicht des Gesetzes, daß alles dem Gewissen und der Gewissenhaftigkeit des Prätendenten überlassen bleiben solle, so wäre es nicht erforderlich gewesen, die Konkurrenz des Gerichts anzuordnen. Es hätte der Satz genügt, daß Jeder im Umfange des §. 6 des Gesetzes vom 12. März 1869 einen Erbprätendenten als Erben anzuerkennen habe,*) welcher ihm seine Verwandtschaft mit dem Erblasser durch Urkunden u. s. w. nachweise und ihm eidesstattlich versichere, daß er keine anderen Erben kenne.

Die Absicht des Gesetzes vom 12. März 1869 ist nicht dahin gegangen, das Urtheil des Gerichts auszuschließen. Es bestimmt im Absatz 1 §. 5 und Absatz 5 §. 3, daß die Erbbescheinigung nur ertheilt werden solle, wenn das Gericht das Erbrecht für nachgewiesen erachte, und daß das Gericht geeigneten Falls zur Ergänzung des erforderlichen Nachweises ein öffentliches Aufgebot der unbekannten Erben erlassen könne. Der Sinn dieser Bestimmungen ist durchaus klar. Sie können nach der gewählten Fassung nicht anders ausgelegt werden, als daß der Richter zu prüfen hat, ob dem Erbprätendenten, welcher die eidesstattliche Versicherung abgegeben hat, das beanspruchte Erbrecht beigelegt und ihm die Erbbescheinigung ertheilt werden soll.

Dem ersten Alinea des §. 5 war in der Regierungsvorlage zu dem Gesetze vom 12. März 1869 folgende Fassung gegeben:

> das Gericht hat über das nachgewiesene Erbrecht eine urkundliche Bescheinigung auszustellen.

In der Commission des Herrenhauses zur Berathung dieses Entwurfs ist ihm die jetzige Fassung gegeben:

> das Gericht hat, wenn es das Erbrecht für nachgewiesen erachtet, eine urkundliche Bescheinigung darüber auszustellen.

Als Motiv ist dabei angeführt: „Nach der von einem Mitgliede der Kommission ausgesprochenen Ansicht kann die Fassung des §. 5

---

*) Auf Grund der Erbbescheinigung kann die Ueberschreibung von Rechten des Erblassers auf den Erben in öffentlichen Büchern erfolgen. Die Rechte des wahren Erben werden durch die Erbbescheinigung nur darin beschränkt, daß er die von dritten Personen redlicher Weise mit dem in der Erbbescheinigung benannten Erben über den Nachlaß vorgenommenen Rechtsgeschäfte, insbesondere auch die demselben von Nachlaßschuldnern geleisteten Zahlungen gegen sich gelten lassen muß.

möglicher Weise zu der irrigen Auslegung Veranlassung geben, als solle die Bescheinigung ertheilt werden, sobald den formellen Beweisvorschriften genügt sei. Es scheine sich daher zu empfehlen, auf die richterliche Pflicht der materiellen Prüfung des Beweises hinzuweisen und den Gedanken des Entwurfs in der angegebenen Weise auszudrücken." *)

Der oben durch die Interpretation der Worte des Gesetzes gefundene Sinn wird also durch die Motive desjenigen gesetzgebenden Faktors, welcher die jetzige Fassung des Gesetzes in Vorschlag gebracht hat, bestätigt.

Das Urtheil, welches in dem Worte „Erbe" liegt und welches der Erbprätendent ausspricht, indem er die eidesstattliche Versicherung in der Formel des Gesetzes abgiebt, ist nicht entscheidend. Es enthält nur eine rechtliche Ansicht der Partei. Das Erbrecht hat der Richter, welcher die Erbbescheinigung ertheilt, zu prüfen. Erst sein Urtheil entscheidet, ob dem Prätendenten das Erbrecht beizulegen ist.

Das negative Urtheil, daß nicht mehr gleich nahe resp. nicht nähere Erben vorhanden seien, welches der Erbprätendent ebenfalls mit der eidesstattlichen Versicherug abgiebt, ist ebenso wenig entscheidend. Es enthält auch nur eine Ansicht der Partei. Ob noch andere Personen in gleicher Weise als berechtigt anzusehen sind, hat der Richter zu beurtheilen. Erst sein Urtheil entscheidet, ob Gleichberechtigte neben dem Extrahenten in die Bescheinigung aufzumehmen, oder ob die Bescheinigung wegen besser berechtigter Personen zu versagen ist.

III.

Umfang des Rechts und der Pflicht des Richters bei Prüfung des Erbrechts.

Es können nur zwei Ansichten darüber aufgestellt werden, was der Richter zu prüfen hat, bevor er seine Entscheidung durch Ausstellung der Erbbescheinigung fällt.

Er hat entweder nur zu untersuchen, ob durch die vorgelegten Atteste eine Verwandtschaft zwischen dem Erbprätendenten und dem Erblasser dargethan wird, und ob der Prätendent die eidesstattliche Versicherung in der vorgeschriebenen Form abgegeben hat. Oder er hat den Inbegriff aller vorliegenden Umstände und sonst bekannten Thatsachen seiner Beurtheilung zu unterwerfen

---

*) Verhandlungen des preuß. Herrenhauses von 1868 und 1869. Band 2. S. 20 und 180.

und hiernach zu entscheiden, ob das Erbrecht, welches der Prätendent sich beilegt, begründet ist.

Anscheinend sprechen die Worte des Gesetzes vom 12. März 1869 in §. 3 und 5 für die erste Alternative,[7]) da als Erforderniß für die Erwirkung der Erbbescheinigung nur aufgestellt wird, daß der Erbprätendent sein verwandtschaftliches Verhältniß zum Erblasser durch Urkunden oder Zeugenaussagen nachweise und die eidesstattliche Versicherung abgebe. Das letzte Alinea des §. 3, daß das Gericht geeigneten Falls ein Aufgebot erlassen könne, würde in diesem Falle nur den Sinn haben, daß das Aufgebot zum Ersatze fehlender Urkunden oder Zeugen über die Verwandtschaft am Platze sei. Bei dieser Alternative würde der Richter nur zu prüfen haben, ob die Urkunden über die Verwandtschaft die gehörige Form haben, ob aus ihnen ein Verwandtschaftsverhältniß zwischen dem Prätendenten und dem Erblasser hervorgeht und ob die eidesstattliche Versicherung mit den Worten des Gesetzes und in der vorgeschriebenen Form abgegeben ist. Dagegen wäre ihm versagt, rechtliche Bedenken zu berücksichtigen, offenbare Rechts-Irrthümer, in welchen der Erbprätendent über die Natur seines Erbrechts sich befindet, zu beseitigen, und seine eigene Kenntniß von näheren Erben oder mehreren gleich nahen Erben in Betracht zu ziehen. Die eidesstattliche Versicherung des Erbprätendenten und das Urtheil, welches er mit dieser abgegeben hat, ersetzte in diesem Falle die Prüfung des materiellen Rechts durch den Richter. Das Gewissen und die Gewissenhaftigkeit des Erbprätendenten trete an die Stelle des richterlichen Urtheils über das materielle Recht und ließe ihm nur die Prüfung der Verwandtschaft und der Formalien.

Allein bei dieser Auffassung der richterlichen Pflichten kann der Fall eintreten, daß zwei Erbprätendenten, welche über ihr Erbrecht un-

---

[7]) Der Antragsteller hat den Tod des Erblassers und das persönliche Verhältniß zu demselben, auf welchem sein Erbrecht beruht, soweit die Thatsachen nicht notorisch sind, durch öffentliche Urkunden oder, wo solche gar nicht oder schwer zu beschaffen sind, durch Zeugen, wohin auch Notorietätszeugen zu rechnen, überzeugend nachzuweisen. — Der Erbe hat dem Gerichte eine eidesstattliche Versicherung, daß ihm andere gleich nahe oder nähere Erben nicht bekannt seien, er auch nicht wisse, daß der Erblasser eine letztwillige Verfügung hinterlassen habe, abzugeben. — Sind mehrere Erben vorhanden, so bleibt es dem Ermessen des Gerichts überlassen, diese Versicherung von allen oder nur von einem oder mehreren Miterben zu verlangen. — Zur Ergänzung des Nachweises kann das Gericht geeigneten Falls ein öffentliches Aufgebot der unbekannten Erben erlassen. — Das Gericht hat, wenn es das Erbrecht für nachgewiesen erachtet, eine urkundliche Bescheinigung darüber auszustellen.

einig sind, im Bewußtsein ihres Rechts sich entschlössen, verschiedene eidesstattliche Versicherungen abzugeben, und jeder für sich allein eine Erbbescheinigung nachsuchte. Der Richter stände in diesem Falle machtlos da, wenn nur ein Jeder von ihnen eine Verwandtschaft mit dem Erblasser irgend eines Grades nachwiese. Er müßte zwei sich widersprechende Erbbescheinigungen ertheilen oder müßte wenigstens demjenigen, der die Erbbescheinigung zuerst beantragte, sie nach seinem Antrage ertheilen, obgleich er aus Verhandlungen mit dem anderen Prätendenten schon weiß, daß dieser ein konkurrirendes Erbrecht hat.

Diese Erwägung ist durchaus entscheidend und führt mit absoluter Nothwendigkeit dahin, daß die erste Alternative unrichtig und zu verwerfen ist. Es bleibt also nur die zweite Alternative:

Der Richter muß die rechtliche Lage der Sache prüfen und alle vorliegenden thatsächlichen Verhältnisse in Erwägung nehmen.

Er darf auch seine Privatkenntniß von eingreifenden Umständen nicht außer Betracht lassen.

Handelt es sich um einen Prozeß, in welchem bestimmte Personen sich gegenüberstehen, so kann der Richter nur urtheilen über die Thatsachen, die sie ihm vortragen, und darf seine Privatkenntniß nicht einmischen. Was eine Partei nicht hat vorbringen wollen, darf er nicht berücksichtigen, schon aus dem einfachen Grunde, weil dem Gegner keine Gelegenheit geboten war, sich darüber zu äußern. Bei der Ertheilung von Erbbescheinigungen handelt es sich nicht um Recht und Unrecht zwischen bestimmten, gegebenen Parteien. Es fehlt dem Erbprätendenten ein Gegner. Die Erbbescheinigung hat öffentliche Wirkung gegen Jedermann (§. 6 des Gesetzes vom 12. März 1869). Der Richter hat das öffentliche Interesse wahrzunehmen und wie jeder öffentliche Beamte, dem dies obliegt, von Amtswegen alles zu berücksichtigen, was dem öffentlichen Interesse schaden könnte, mag ihm Kenntniß davon auf irgend eine Weise gekommen sein.

Das Alinea 1 des §. 3 erläßt die Beibringung von Urkunden über die Verwandtschaftsverhältnisse, wenn diese notorisch sind oder durch Notorietätszeugen dargethan werden. Die Notorietät soll also die Stelle des Beweises zu Gunsten des Erbprätendenten vertreten, und deshalb muß sie auch zu Ungunsten desselben, das heißt, gegen seine vorgelegten Urkunden und gegen seine eidesstattliche Versicherung in Betracht kommen. Was notorisch ist, hat der Richter zu beurtheilen, und seine Privatkenntnisse sind hierbei sein hauptsächlicher Anhalt.

Nach §. 6 des Gesetzes soll die Erbbescheinigung ertheilt werden, wenn der Richter das Erbrecht nachgewiesen erachtet. Ihm soll der

Beweis geführt werden. Es kann, wie unten gezeigt werden soll, nur von einem Ueberzeugungsbeweise die Rede sein. Ueberzeugung kann man von einem Richter nicht verlangen und ihm zugleich die Beurtheilung der Sachlage so beschränken, daß er gerichtskundige, notorische oder sonst ihm glaubhaft gewordene Umstände außer Acht lassen soll.

Der Richter hat also, bevor er die Erbbescheinigung ertheilt, alle gerichtskundigen, notorischen oder sonst zu seiner Kenntniß gekommenen Umstände, welche für die Beurtheilung des Erbrechts von Erheblichkeit sind, seiner Prüfung zu unterwerfen, mögen sie ihm auch nicht von dem Erbprätendenten vorgetragen sein. Er hat aus diesen sich schlüssig zu machen, ob dem Erbprätendenten das Erbrecht beizulegen ist, ob nicht besser Berechtigte vorhanden sind, und ob nicht andere gleichberechtigte Personen in Betracht kommen.

IV.

Pflicht der Partei, die thatsächliche und rechtliche Lage der Sache klar zu legen.

Die Befugniß des Richters, alles Material, was sich ihm darbietet, zu prüfen, begründet für sich allein noch nicht die Pflicht des Erbprätendenten, nach dem Verlangen des Richters ihm Material zur Beurtheilung des vorgelegten Falls zu beschaffen. Sie giebt dem Richter kein Inquisitionsrecht nach beliebigen Umständen.

Andererseits ist das Urtheil, welches der Erbprätendent mit der eidesstattlichen Versicherung abgiebt, nicht entscheidend. Es qualifizirt sich nur als eine Ansicht einer Partei, welche der Richter zu prüfen und zu bestätigen hat. Zu dieser Prüfung bedarf er der Kenntniß des einschlagenden Rechts und der thatsächlichen Unterlagen. Die Ersteren werden bei ihm vorausgesetzt, die Zweiten muß die Partei ihm unterbreiten, widrigenfalls er außer Stande ist, den geforderten Schluß zu ziehen und die gewünschte Erbbescheinigung zu ertheilen. Aus diesem Grunde entspringt also eine Pflicht der Partei zur Aufdeckung der Sachlage, ergiebt sich aber auch die Grenze, wie weit der Richter sie fordern kann.

Die Formel der eidesstattlichen Versicherung mit dem Urtheile, wie sie das Gesetz normirt hat, kann nicht geändert werden, da das Gesetz sie unbedingt vorschreibt. Das Urtheil, welches sie enthält, muß deshalb in seine Bestandtheile aufgelöst werden. Es muß dem Richter klar gelegt werden, wie der Erbprätendent die einschlagenden Bestimmungen des Erbrechts aufgefaßt und welche thatsächlichen Verhältnisse der Verwandtschaft er in Betracht gezogen hat.

Erst hierdurch gelangt er in die Lage, dem Urtheile der Partei folgen und es bestätigen zu können.

Das Urtheil, welches der Erbprätendent in der eidesstattlichen Versicherung abgiebt, ist insoweit ein negatives, als er erklärt, daß nicht nähere und nicht mehr gleich nahe Erben vorhanden seien. Der Richter bestätigt dies negative Urtheil in der Erbbescheinigung dadurch, daß er den Erbprätendenten zum alleinigen Erben erklärt. Er muß also dem Urtheile der Partei auch in diesem Punkte folgen können, und deshalb müssen die Bestandtheile des Urtheils der Partei auch in dieser negativen Beziehung ihm klar gelegt werden.

Der Grundsatz, daß das Vorhandensein anderer Personen, welche ein gleiches oder ein näheres Recht hätten, nicht vermuthet werden könne, ist unzutreffend. Sollte diese Vermuthung zur Anwendung kommen, so bedurfte es weder der eidesstattlichen Versicherung der Partei noch einer Erbbescheinigung des Richters. Es genügte die Vorlegung von Kirchenattesten, wodurch irgend ein Grad der Verwandtschaft des Erbprätendenten mit dem Erblasser nachgewiesen wird, und alles übrige beseitigte die Vermuthung, daß nähere und mehr gleich nahe Erben nicht anzunehmen seien.

Statt der Vermuthung soll Beweis eintreten; nicht absoluter, denn der ist für eine solche Negative unmöglich, sondern Ueberzeugungsbeweis, und die Basis soll die eidesstattliche Versicherung des Erbprätendenten bilden. Einen anderen Zweck hat die eidesstattliche Versicherung überhaupt nicht. Dieser Zweck wird allerdings durch die Fassung, welcher der Versicherung gegeben ist, verdunkelt, weil sie nicht auf Thatsachen, sondern auf ein Urtheil gestellt ist. Dieser Mangel des Gesetzes ist aber dadurch beseitigt, daß dem §. 5 im Herrenhause die jetzige Fassung gegeben ist, und über das Urtheil der Partei das Urtheil des Gerichts gestellt ist.

Das Gericht muß deshalb den Gedankengang des Prätendenten bei diesem negativen Urtheile verfolgen können. Es muß wissen, was er unter näheren Erben verstanden hat und welche Verwandte er unter gleich nahen Erben sich gedacht hat.

Der Erbprätendent muß sein abgegebenes Urtheil in seine Bestandtheile auflösen und die darin vermischten That- und Rechtsfragen klar legen. Erst so kann der Richter dem Urtheile folgen und es prüfen.

Die Auflösung des Urtheils in seine Bestandtheile, die Klarlegung der thatsächlichen Verhältnisse und der angewandten Rechtsgrundsätze, erfolgt dadurch, daß der Erbprätendent die verwandtschaftlichen Verhältnisse geordnet nach den Klassen des zutref-

fenden Erbrechts vorträgt, denn dadurch wird der Rückschluß möglich, ob er das einschlagende Recht auf die obwaltenden thatsächlichen Verhältnisse richtig angewandt hat.

Wie weit er dabei zu gehen hat, ist verschieden nach der Klasse, in welcher er selbst als Erbe auftrit. Wo römisches Recht, wie in der Mark Brandenburg zur Anwendung kommt, hat er anzugeben:

1. wenn er Erbe aus der ersten Klasse sein will, welche Kinder ersten Grades und ob und welche Abkömmlinge vorverstorbener Kinder des Erblassers hinterblieben sind;
2. wenn er aus der zweiten Klasse erben will,
   a. daß keine Descendenten des Erblassers hinterblieben sind,
   b. welche vollbürtigen Geschwister,
   c. ob und welche Kinder ersten Grades von vorverstorbenen vollbürtigen Geschwistern,
   d. ob und welche Verwandte in aufsteigender Linie

   hinterblieben sind;
3. wenn er aus der dritten Klasse erben will,
   a. daß keine Deszenten, keine vollbürtigen Geschwister, keine Kinder ersten Grades von vorverstorbenen vollbürtigen Geschwistern und keine Ascendenten hinterblieben sind,
   b. welche Halbgeschwister,
   c. ob und welche Kinder ersten Grades von vorverstorbenen Halbgeschwistern

   hinterblieben sind;
4. wenn er aus der vierten Klasse erben will,
   a. daß der Erblasser keine der ad 3 aufgeführten Verwandten hinterlassen hat,
   b. daß er nach der Zahl der zwischen dem Erblasser und ihm selbst liegenden Geburten die zur Erbberechtigung führenden Grade der Verwandtschaft gerechnet hat;
5. in allen Klassen,

   daß der Erblasser keinen Ehegatten hinterlassen habe.

Dabei ist es im Anschluß an die Norm der eidesstattlichen Versicherung, wie sie im Gesetze vom 12. März 1869 §. 3 sich vorfindet, nicht absolut erforderlich, daß er zu 2a, 3a, 4a und 5 positiv erklärt, daß diese Verwandten nicht hinterlassen seien. Es genügt, um seine rechtliche Auffassung darzuthun, wenn er nur erklärt, daß ihm von denselben nichs bekannt sei.

Die Erklärungen ad 1—5 sind in unmittelbarem Zusammenhange mit der eidesstattlichen Versicherung abzu-

geben. Diese erhält erst ihre Bedeutung, wenn sie als Schlußfolge derselben erscheint. Sie dagegen in die Formel der eidesstattlichen Versicherung aufzunehmen, erscheint unnöthig und mit der Fassung, welche ihr einmal durch das Gesetz vom 12. März 1869 gegeben ist, unverträglich. Nur wenn die erforderlichen Erklärungen unvollständig sind und es nothwendig wird, einen einzelnen Punkt nachzuholen, wird es nothwendig, die einzelnen Punkte durch eine besondere eidesstattliche Versicherung bekräftigen zu lassen. In Betreff dieses Punktes, der selbstverständlich immer negativer Natur sein muß, fehlt es sonst an dem Beweise, den das Gesetz für die Negative vorgeschrieben hat. Es bleibt also nur die Wahl, seine Richtigkeit speziell durch eine eidesstattliche Versicherung bekräftigen zu lassen, oder die ganze frühere Auseinandersetzung mit der früheren eidesstattlichen Versicherung nach der Formel des Gesetzes wiederholen zu lassen.

V.

Die wahre Bedeutung der eidesstattlichen Versicherung und des öffentlichen Aufgebots.

Dadurch, daß das in der eidesstattlichen Versicherung enthaltene Urtheil von der Partei selbst in seine Bestandtheile aufgelöst wird, und daß die eidesstattliche Versicherung nur als Schluß des nach dem einschlagenden Erbrechte geordneten thatsächlichen Materials zugelassen wird, erhält die eidesstattliche Versicherung eine ganz andere Bedeutung als sie hat, wenn sie allein und ohne diesen Zusammenhang abgegeben wird. Niemand kann wegen eines falschen Urtheils, dessen Richtigkeit er eidlich oder eidesstattlich versichert hat, bestraft werden. So lange die eidesstattliche Versicherung sich nur auf das abgeschlossene Urtheil bezieht, gewährt sie keine Sicherheit, gewährt sie nicht den Beweis, den das Gesetz in sie für die Negativen gelegt hat.

Durch die Zerlegung des Urtheils in seine Bestandtheile treten die Thatsachen hervor, welche der Erbprätendent dem Richter zur Erlangung der Erbbescheinigung unterbreitet, und die eidesstattliche Versicherung bezieht sich nun auf deren Vollständigkeit und Richtigkeit. Sie erstreckt sich auf das ganze Urtheil, also auch auf dessen einzelne Bestandtheile. Sie wird nun zu einer Versicherung über die Richtigkeit von Thatsachen, und der Erbprätendent kann bestraft werden, wenn er in dieser Beziehung wissentlich Unwahrheiten vorgebracht hat. Sie wird zu einer Sicherheit und liefert den Beweis, den das Gesetz in sie gelegt hat.

Durch die Zerlegung des Urtheils in seine Bestandtheile fällt auch das Bedenken fort, daß die eidesstattliche Versicherung, wenn das Erbrecht streitig ist, eine Petitio principii enthält und den Versichernden zu einer Mental-Reservation nöthigt. Das rechtliche Urtheil, das er mit der Versicherung abgiebt, steht außer seiner Verantwortung. Nur auf die Richtigkeit der Thatsachen bezieht sie sich in diesem Falle, und hier kann keine Rede von einer Mental-Reservation und einer Petitio principii sein.

Das öffentliche Aufgebot der unbekannten Erben, welches Alinea 5 §. 3 des Gesetzes dem Richter vor der Ertheilung der Erbbescheinigung in den ihm angemessen erscheinenden Fällen freiläßt, erhält nun die Bedeutung, daß es nicht nur zur Ergänzung eines mangelhaften Beweises des positiven Verhältnisses der Verwandtschaft herangezogen werden kann. Auch wenn der Inhalt der Akten oder die sonstigen Umstände, welche von dem Richter nach dem oben Nr. III. Auseinandergesetzten zu berücksichtigen sind, Bedenken gegen die Richtigkeit der Negative ergeben, ist es an seinem Platze, um diese Bedenken zu beseitigen und den mangelhaften Beweis nach dieser Richtung zu ergänzen.

VI.

Die Pflichten des instrumentirenden Richters und Notars.

Das Alinea 2 §. 3 des Gesetzes vom 12. März 1869 schreibt vor, daß die eidesstattliche Versicherung der Partei zu gerichtlichem oder notariellem Protokoll aufgenommen werden muß. Es genügt nicht, daß sie schriftlich abgegeben und die Unterschrift gerichtlich oder notariell beglaubigt wird. Es entspricht dies dem Ernste und der Heiligkeit der Versicherung. Ein weiterer Werth ist nicht darauf zu legen.

Der Richter oder Notar, welcher die eidesstattliche Versicherung zu Protokoll nimmt, hat die Pflicht, den Erbprätendenten mit der Heiligkeit und dem Ernste der Versicherung bekannt zu machen und ihm die Strafen vorzuhalten, welche er bei einer falschen Versicherung zu erwarten hat. Er hat sich über den Sinn, welchen der Erbprätendent mit der eidesstattlichen Versicherung verbindet, zu informiren und etwaige Rechtsirrthümer, in denen er sich befindet, zu beseitigen.

Allein der Satz: Legalia praesumuntur, ist unrichtig. Bei der Beurtheilung einer Urkunde darf nur auf deren Form und auf deren Inhalt, wie sie vorliegen, gerücksichtigt werden. Neben diesen waltet keine Präsumtion für oder wider die Urkunde ob.

Die Pflicht des Richters und Notars, welcher die eidesstattliche Versicherung zu Protokoll nimmt, ist für denjenigen Richter, der die Erbbescheinigung ertheilt, irrelevant. Dieser darf nicht präsumiren, daß jener seine Pflicht beobachtet habe. Er darf nur auf den Inhalt und die Form sehen, welche das ihm vorgelegte Protokoll hat, und seine Prüfung nicht mit Vermuthungen verkümmern, wie der instrumentirende Richter oder Notar seine Pflicht aufgefaßt und wie weit er in der Erfüllung derselben gegangen ist.

Die Pflicht des instrumentirenden Richters und Notars präjudizirt ihn nicht. Sie steht selbstständig neben seiner Pflicht, ohne ihn zu beschränken und ohne ihn von seiner Pflicht zu entbinden.

VII.

Umfang der Beschwerde gegen den Richter erster Instanz.

In den altländischen Provinzen bildet die Beschwerde an die Appellationsgerichte das ordentliche Rechtsmittel gegen die Anordnungen der Gerichte erster Instanz in allen nicht prozessualischen Angelegenheiten.[8]) Da die Ertheilung von Erbbescheinigungen zu diesen Angelegenheit gehört, findet die Beschwerde statt gegen alle Verfügungen, welche der Richter erster Instanz auf Anrufen des Erbprätendenten zur Ertheilung der Erbbescheinigung erläßt, gegen alle Unterlassungen, welche er nach dieser in der Erfüllung seines Amts sich zu schulden kommen läßt, und gegen den Inhalt der Erbbescheinigung selbst, wie der erste Richter ihn normirt hat. Die Bestimmung des §. 2, Gesetz vom 12 März 1869,

> daß dasjenige zur Ausübung der freiwilligen Gerichtsbarkeit berufene Gericht, in dessen Bezirk der Erblasser zur Zeit seines Todes seinen ordentlichen Gerichtsstand gehabt hat, zuständig sein solle,

regelt nur die Frage, welches von den Gerichten erster Instanz sich mit der Ertheilung von Erbbescheinigungen zu befassen hat, enthält aber nichts darüber, ob und wie eine Berufung von diesem Gerichte an ein höheres Gericht stattfinde. Es muß daher bei der allgemeinen Regel über die Beschwerde auch Betreffs der Erbbescheinigungen verbleiben.

Der Zweck der Beschwerde geht dahin, ein unrichtiges Verfahren des Gerichts im weitesten Umfange zu ändern. Er wird dadurch erreicht, daß das Appellations-Gericht in die Thätigkeit des Gerichts erster

---

[8]) Verordnung vom 2. Januar 1849 §. 35.

Instanz eingreift und diesem spezielle Vorschriften ertheilt, wie es zu verfahren hat. Solchen Vorschriften ist unbedingt Folge zu leisten. Die Verantwortung dafür trägt das Appellations-Gericht.

Die Beschwerde findet unbegrenzt statt wegen fehlerhaften Geschäftsbetriebes des ersten Gerichts, also namentlich wegen Verzögerungen, ferner wegen unrichtiger Auffassung des Rechtspunktes, z. B. wegen Anwendung des Landrechts statt eines statutarischen oder provinziellen Rechts, und wegen falscher Interpretation der zutreffenden Rechtsregel oder des zutreffenden Rechtsgrundsatzes.

Dagegen erleidet die Berufung an das obere Gericht eine Beschränkung in Bezug auf die Thatfrage.

Die Basis des Urtheils, welches der Richter mit der Erbbescheinigung fällt, ist eine thatsächliche. Es muß ihm bewiesen werden, daß zwischen dem Erblasser eine Verwandtschaft besteht. Die Kette der Geburten und Adoptionen, wodurch dieselbe hergestellt wird, muß ihm dargethan werden. Es muß ihm ferner aber auch Sicherheit gewährt werden, daß keine näheren Verwandten und nicht mehr gleich nahe Verwandte des Erblassers, die ein Erbrecht haben, vorhanden sind.

Nach den Worten des Alinea 1 §. 3 soll der Beweis der positiven Verwandtschaft überzeugend geführt werden. Nachdem die Theorien des Beweises nach positiven Beweisregeln und des Beweises zur Ueberzeugung des Richters feste Rechts-Institute geworden sind, welche die Gesetzgebung in die Praxis eingeführt hat, ist diese Fassung des Gesetzes nicht als eine Zufälligkeit anzusehen. Sie ist ein klarer Ausdruck, daß die Wahl zwischen beiden Theorien getroffen und der Grundsatz des Beweises zur Ueberzeugung des Richters adoptirt ist. Als Beweismittel sind außerdem angegeben: öffentliche Urkunden oder, wo solche gar nicht oder schwer zu beschaffen sind, Zeugenaussagen, wohin auch Aussagen von Notarietäts-Zeugen zu rechnen sein sollen. Wo Notorietät obwaltet, soll es keines Beweises bedürfen. Es kann also auch hiernach keinem Bedenken unterliegen, daß die Theorie der allgemeinen Gerichtsordnung verlassen und dafür der Ueberzeugungsbeweis mit freier Beurtheilung der obwaltenden Umstände durch den Richter angeordnet ist.

Für die Negative, daß nicht nähere und nicht mehr gleich nahe Verwandte da sind, liefert die eidesstattliche Versicherung des Prätendenten den Beweis. Der Erbprätendent kann aber seiner eidesstattlichen Versicherung Erklärungen und Bemerkungen darüber beifügen, wie er die Verhältnisse auffaßt, und der Richter hat zu beurtheilen, welcher

Werth ihnen beizulegen ist.*) Der Richter ist, wie oben Nr. III. gezeigt ist, verpflichtet, von Amtswegen alle notorischen, gerichtskundigen oder sonst zu seiner Kenntniß gelangten Umstände auch gegen die eidesstattliche Versicherung des Erbprätendenten in Rücksicht zu ziehen. Es läuft also auch hier alles darauf hinaus, daß seine Ueberzeugung, wie er sie aus dem Inbegriffe aller obwaltenden Umstände nach pflichtmäßiger Erwägung derselben schöpft, das Entscheidende ist.

Beide Momente des Positiven und Negativen berühren sich fortwährend und greifen häufig so in einander, daß das Eine das Andere aufklärt.

Findet der Richter, der die Erbbescheinigung zu ertheilen hat, Lücken und Dunkelheiten in dem Beweise der Verwandtschaft, oder hegt er Bedenken gegen die Richtigkeit der eidesstattlichen Versicherung, kurz, gewinnt er nicht die Ueberzeugung, daß der Prätendent thatsächlich als nächster und alleiniger Verwandter, welchem das Erbrecht zusteht, anzusehen ist, so kann hierüber wohl auch Beschwerde geführt werden, doch mit einer anderen Wirkung als in den übrigen Fällen.

Die Bildung einer Ueberzeugung des Richters ist ein innerer Akt seines Denkvermögens. Sie kann von ihm nicht gewonnen werden, wenn ein Anderer einen Theil ihrer Voraussetzungen wider seinen Willen ihm vorschreiben will. Das vorgesetzte Gericht kann in dieser Beziehung ihn nicht anweisen, über ein Bedenken fortzugehen, oder eine Lücke oder Dunkelheit als unerheblich zu betrachten. Es kann nicht in den Zusammenhang seiner logischen Schlußfolgerung eingreifen. Wäre der Richter, welcher die Erbbescheinigung zu ertheilen hat, verpflichtet, solcher Anweisung Folge zu leisten, so hätte er nicht diejenige Ueberzeugung von der Richtigkeit des Erbrechts, welche das Gesetz bei ihm für jede Erbbescheinigung voraussetzt, und ebenso wenig hätte sie der vorgesetzte Richter, da dieser sich nur über einen Theil des Beweises geäußert hätte. Es fehlte an der Ueberzeugung eines Richters und mithin gerade an der Garantie, die das Gesetz für die Richtigkeit und Zuverlässigkeit der Erbbescheinigung (§. 6) als unbedingtes Erforderniß aufgestellt hat.

---

*) Ein Vetter des Erblassers, Verwandter im vierten Grade von Vaterseite, gab die eidesstattliche Versicherung ab und bemerkte dabei, er habe einmal von dem Erblasser gehört, daß ein Verwandter desselben Grades von Mutterseite ihn besucht habe, er wisse sonst gar nichts von diesem, kenne weder seinen Namen noch seine Wohnung, und könne deshalb kein Bedenken tragen, die Versicherung abzugeben und das Erbrecht für sich allein zu beanspruchen.

Das vorgesetzte Gericht kann bei einer Beschwerde darüber, daß der erste Richter den Beweis der Verwandtschaft lückenhaft und unzureichend findet, oder daß er Bedenken gegen die Richtigkeit der eidesstattlichen Versicherung hegt, nur nach Prüfung des Inbegriffs aller vorliegenden Umstände sich schlüssig machen, ob es eine andere Ueberzeugung gewinnt. Es kann die Zweifel und Bedenken, welche der erste Richter hegt, für unerheblich halten und darüber hinweggehen, aber nur dadurch, daß es selbst an die Stelle des ersten Richters tritt und nach Prüfung aller konkurrirenden Umstände ein Urtheil über die Thatfrage in ihrer Gesammtheit sich bildet. Einen Ausdruck kann es demselben nur dadurch geben, daß es an Stelle des ersten Richters selbst die Erbbescheinigung ertheilt, und so sich selbst als denjenigen Richter hinstellt, welcher die im Gesetze vorgeschriebene Ueberzeugung gewonnen hat und die Verantwortlichkeit dafür trägt.

In der Form hat es hierbei die Wahl, ob es die Erbbescheinigung selbst unter seiner Unterschrift ausstellen, oder ob es das untergebene Gericht anweisen will, sie in seinem Namen zu ertheilen. Im letzten Falle muß es die Formel wörtlich vorschreiben und in ihr auch zum Ausdrucke bringen, daß es diejenige Behörde ist, welche sie angeordnet hat, denn das Gericht erster Instanz handelt in diesem Falle nur als sein Organ, welches seine Anordnung ausführt, aber kein eigenes Urtheil abgiebt.

Ganz unzulässig erscheint es, das Gericht erster Instanz mit bedingter Anweisung zu versehen und ihm so wieder einen Theil des Urtheils zuzuschieben.

Hat das Gericht erster Instanz ein Aufgebot der unbekannten Erben nach §. 3 und 4 des Gesetzes vom 12. März 1869 für geeignet erachtet, so liegt die Sache ähnlich. Auch hierber findet die Beschwerde statt. Das Appellations-Gericht kann dann den Wegfall des Aufgebots anordnen. Es muß aber auch in diesem Falle die Erbbescheinigung selbst ertheilen und zwar in einer der beiden soeben angegebenen Formen. Es kann nicht das untergebene Gericht anweisen, die Bedenken, welche es zum Erlasse des Aufgebots bestimmt haben, fallen zu lassen und nach diesem Gesichtspunkte die Sache zu beurtheilen. Es stört in diesem Falle die Ueberzeugung des Richters und tritt nicht mit einer solchen eigenen Ueberzeugung in die Sache ein, wie sie als Basis der Erbbescheinigung vorausgesetzt ist.

Die Beschwerde über den Richter erster Instanz, welcher die Ertheilung der Erbbescheinigung verweigert, findet daher mit der Wirkung

statt, daß er im Allgemeinen mit Anweisung zu einer veränderten Behandlung der Sache versehen werden kann, daß er dagegen nur durch das eigene Eintreten des vorgesetzten Richters der Beurtheilung der Sache gänzlich enthoben wird, wenn es sich um Beurtheilung des Beweises über die Thatfrage der Verwandtschaft in positiver und negativer Beziehung handelt.

VIII.

Resultate.

1. Die eidesstattliche Versicherung, welche der Erbprätendent zur Erlangung der Erbbescheinigung abzugeben hat, enthält ein Urtheil.
2. Dieses Urtheil ist für den Richter, welcher die Erbbescheinigung zu ertheilen hat, nicht bindend und erscheint ihm gegenüber nur als die Ansicht einer Partei.
3. Die Partei hat ihr Urtheil in seine Bestandtheile aufzulösen.
4. Sie haftet nur für den richtigen Vortrag der thatsächlichen Verhältnisse der Verwandtschaft in positiver und negativer Beziehung.
5. Der Richter, welcher die Erbbescheinigung ertheilt, wird durch die Pflicht des instrumentirenden Richters und Notars, den Erbprätendenten über die rechtliche Bedeutung seiner eidesstattlichen Versicherung aufzuklären, nicht von seiner Pflicht der Prüfung des Sachverhalts entbunden.
6. Er ist bei der Prüfung des Erbrechts nicht auf die Untersuchung beschränkt, ob die eidesstattliche Versicherung in gehöriger Form vorliegt und ob die beigebrachten Beweisstücke ein Verwandtschaftsverhältniß zwischen dem Erbprätendenten und dem Erblasser darthun.
7. Die eidesstattliche Versicherung des Erbprätendenten liefert keinen absoluten Beweis dafür, daß keine näheren und nicht mehr gleich nahe Verwandte da sind, denen ein Erbrecht gebührt.
8. Der Richter hat bei seinem Urtheile über den Nachweis des Erbrechts alle Umstände, welche die Akten ergeben, welche notorisch oder gerichtskundig sind, oder welche auf andere Art zu seiner Kenntniß gelangt sind, in Betracht zu ziehen.
9. Der Erbprätendent ist verpflichtet, die thatsächlichen Unterlagen für sein negatives Urtheil, daß keine näheren und nicht mehr gleich nahe Erben bekannt seien, ihm klar zu legen.
10. Die hierauf bezüglichen Anführungen hat der Erbprätendent in unmittelbarem Zusammenhange mit der eidesstattlichen Versicherung

vorzutragen, oder ihre Richtigkeit durch eine besondere gleiche Versicherung zu erhärten.

11. Das öffentliche Aufgebot der unbekannten Erben kann der Richter nicht nur anordnen, um einen mangelhaften Beweis der Verwandtschaft zu ergänzen, sondern auch zu dem Zwecke, um Bedenken darüber zu beseitigen, ob keine besser berechtigten und nicht mehr gleichberechtigte Personen konkurriren.

12. Ob ein solches Aufgebot der unbekannten Erben zu erlassen ist, entscheidet sein Ermessen im Umfange der ihm auferlegten Pflichten über Prüfung des Erbrechts. (Nr. 8.)

13. Gegen den Richter, welcher die Ertheilung einer Erbbescheinigung verweigert, findet die Beschwerde im Allgemeinen mit der Wirkung statt, daß er mit Anweisung zu einer veränderten Behandlung des vorliegenden Falles versehen werden kann.

14. Handelt es sich um die Beurtheilung des Beweises über die Thatfrage der Verwandtschaft in positiver und negativer Beziehung, so findet die Beschwerde nur mit der Wirkung statt, daß er durch den vorgesetzten Richter der Beurtheilung der Sache enthoben wird.

15. In diesem Falle (Nr. 14) hat das Appellations-Gericht, wenn es die Thatfrage anders beurtheilt, die Wahl, ob es die Erbbescheinigung unter eigenem Namen ausstellen, oder das erste Gericht anweisen will, sie in seinem Namen unter wörtlich vorgeschriebener Fassung zu ertheilen.

III.

Rechtsprechung in Bezug auf das Strafrecht.

O.R. = Oppenhoffs Rechtsprechung des Ob. Trib. u. des Ob. App. Gerichts (Berlin, Reimer).
G.A. = Goltdammer's Archiv für deutsches u. preußisches Strafrecht (Berlin, R. v. Decker).
J.M.B. = Justiz-Ministerial-Blatt (Berlin, R. v. Decker).
Entsch. = Entscheidungen des K. Ober-Tribunals (Berlin, C. Heymann).
S.G. = Schwarze's Allg. Gerichtsztg. f. das Königr. Sachsen rc. (Leipzig, Fues)

Einführungsgesetz § 2.

Landesstrafgesetze üb. Spielen in auswärt. Lotterien und über Promessenhandel.

1. Artikel IV. der Preuß. Verordn. vom 25. Juni 1867 (für die im J. 1866 mit der Monarchie vereinigten Landestheile) bestimmt:

„Der Strafe des § 268 des (Preuß.) Strafgesetzbuchs verfällt:

1) wer in auswärtigen Lotterien (Absatz 2 a. a. O.), die nicht mit Unserer Genehmigung in Unseren Staaten besonders zugelassen werden, spielt, wer sich dem Verkaufe der Loose zu dergleichen auswärtigen Lotterien unterzieht, oder einen solchen Verkauf als Mittelsperson befördert;
2) wer sich schriftlich zur Ueberlassung von Gewinnen, Gewinnantheilen oder irgend welchen anderen Vortheilen für den Fall anheischig macht, daß bei der Prämienverloosung einer in- oder ausländischen Staats- oder anderen Anleihe eine gewisse Serien- oder Obligationsnummer gezogen werden würde; ingleichen wer Scheine, die eine solche Zusicherung enthalten, kauft, verkauft oder feilbietet, oder zum Zwecke des Absatzes an sich bringt, versendet oder sonst verbreitet."

Die Angeklagten, auf Grund dieser Bestimmungen verurtheilt, behaupteten in der Nichtigkeits-Beschwerde, daß Art. IV. der V. v. 25. Juni 1867 nicht mehr Gültigkeit habe. Das Ober-Trib. erwog in den Entscheidungsgründen Folgendes: „Der gedachte Art. IV. verbietet sub Nr. 1 das Spielen in auswärtigen, im Preuß. Staate nicht besonders zugelassenen Lotterien, sowie den Verkauf der Loose derselben, oder die Beförderung des Verkaufs als Mittelsperson. Dieses Spielen und Kollektiren in auswärtigen, nicht konzessionirten Lotterien stellt eine Materie dar, mit welcher das Deutsche

St.G.B. sich überhaupt nicht befaßt hat, und sich nicht befassen wollte, wie dies in den Motiven zum §. 281. des Entwurfs, der dem jetzigen § 286. korrespondirt, ausdrücklich ausgesprochen ist. Es kann mithin keinem Zweifel unterliegen, daß Art. IV. sub 1 durch §. 2. des Einf.-G. vom 31. Mai 1870 nicht außer Kraft gesetzt worden, und daß daher derselbe mit Recht gegen die Imploranten zur Anwendung gebracht worden ist, da gegen dieselben thatsächlich feststeht, daß sie dem Verkauf und Vertrieb von Loosen der in Preußen nicht zugelassenen Hamburger Klassen-Lotterie sich von Frankfurt aus nach auswärts fortgesetzt unterzogen haben. Daß durch die Aufhebung des §. 268. des Preuß. St.G.B., auf welchen der Art. IV. sub 1. verweist, nicht auch diese letztere Bestimmung aufgehoben ist, folgt für die Fortdauer der letzteren aus dem §. 3. des Einf.-G. vom 31. Mai 1870, nach dessen Vorschrift mit dem 1. Januar 1871, an die Stelle des im Art. IV. a. a. O. citirten §. 268. des Preußischen St.G.B., der §. 286. des Deutschen St.G.B. tritt.

Anders verhält es sich dagegen mit dem sub Nr. 2. des Art. IV. verbotenen sogenannten Promessenhandel. Zieht man in Betracht, daß dieses Verbot nicht etwa den Fall vor Augen hat, wenn Jemand von einer in seinem Besitze befindlichen, mit einer Prämienverloosung verbundenen Obligation einem Anderen einen bestimmten Antheil an derselben überträgt, und ihn so zum Miteigenthümer der Obligation macht, sondern daß der Fall mit der Strafandrohung getroffen werden sollte, wenn Jemand einen sogenannten Promessenhandel treibt, d. h. wenn er in Bezug auf einen bestimmten Prämienschein für eine bestimmte Prämienziehung einem Anderen gegen eine von diesem zu zahlende Summe die Zusicherung ertheilt, ihm für den Fall, daß dieser Prämienschein gezogen werden sollte, den Schein selbst zu liefern, oder den darauf gefallenen Gewinn zu zahlen; — zieht man ferner in Betracht, daß weder der §. 268. des Preuß., noch der §. 286. des Deutschen St.G.-B. eine Definition von Lotterie oder Veranstaltung einer solchen giebt, daß daher dieser Begriff nach dem gemeinen Sprachgebrauche festgestellt werden muß, nach diesem Sprachgebrauche aber unter Veranstaltung einer Lotterie nur das Unternehmen verstanden werden kann, wonach dem Spieler, der nur seinen bestimmten Einsatz verlieren kann, ein von einer Ausloosung abhängiger und bedingter Gewinn schriftlich zugesichert wird, so unterliegt es keinem Zweifel, daß die in der Nr. 2. verbotene und mit Strafe bedrohte Handlung eben nichts anderes, als das Verbot der Veranstaltung einer speziell bezeichneten Art des Lotteriespiels darstellt. Ist dies aber der Fall, so hat die Nr. 2. des Art. IV. a. a. O. durch den §. 286 des Deutschen St.G.B. ihre Anwendbarkeit auf diejenigen Handlungen der beiden Angeklagten verloren, welche nach dem 1. Januar 1871 von ihnen begangen worden sind. Die Anwendbarkeit des §. 286. des Deutschen, resp. des §. 268. des Preuß. St.G.B. auf den von den Instanzrichtern als erwiesen angenommenen Thatbestand kann um so weniger bezweifelt werden, als thatsächlich festgestellt ist: daß die Angeklagten in den Jahren 1868 bis 1871 durch zahllose nach dem Auslande versendete Offertbriefe bei den Ziehungen der K. K. Oesterreichischen 1858er Creditloose, 1860er 500 Fl.-Loose und 1864er 100 Fl.-Loose für bestimmte Heuerpreise sich auf den Fall, daß bei der jeweilig bevorstehenden Verloosung gewisse in den Promessen näher

bezeichnete Serien- oder Obligationsnummern herauskommen würden, zur Ueberlassung der Gewinne, oder Lieferung der betreffenden Loosnummer gegen Vergütung des Preises eines nicht gezogenen Looses anheischig gemacht haben, sowie, daß sie Scheine dieses Inhalts zum Zweck des Absatzes an sich gebracht, versendet, feilgeboten und verkauft haben. Insofern daher der Appellationsrichter auch auf diejenigen hier bezeichneten strafbaren Handlungen, welche nach dem 1. Januar 1871 begangen worden sind, die Strafbestimmung des Art. IV. Nr. 2. a. a. O. zur Anwendung gebracht hat, hat derselbe allerdings dieses mit dem 1. Januar 1871 außer Kraft getretene Strafgesetz durch irrige Anwendung, und den §. 2. des Einf.-G. vom 31. Mai 1870, sowie den §. 286 des Deutschen St.G.B. durch Nichtanwendung verletzt, indem der gedachte Art. IV. Nr. 2. als eine besondere, auch nach der Einführung des neuen St.G.B. noch in Kraft gebliebene Vorschrift des Bundes- und Landes-Strafrechts nicht angesehen werden kann, vielmehr außer Kraft gesetzt ist, da dieselbe Materie, die er zum Gegenstande hat, in dem §. 286. des neuen Gesetzes strafrechtlich geordnet ist." (Erk. des Preuß. Ob. Trib. v. 12. Okt. 1871 G.A. 19. S. 847. O.R. 12. S. 510). Die fortdauernde Geltung der Landesstrafgesetze über das Spielen in ausländischen Lotterien und das Kollektiren für dieselben ist auch (und zwar unter der gleichzeitigen Annahme, daß im Sinne eines solchen Landesgesetzes auch ein anderer Bundesstaat als „Ausland" anzusehen sei) angenommen in dem Erk. des Preuß. Ob. Appell. G. v. 24. Jan. 1872 (J.M.Bl. S. 71. O.R 13. S. 75).

Bestimmungen der fortgeltenden Landesstrafgesetze über Strafmündigkeit.

2. „Es kann keinem Bedenken unterliegen, daß der §. 55. des B.-St.G.B.'s einen allgemeinen, das ganze Strafrecht beherrschenden Grundsatz ausspricht, welcher auch rücksichtlich der von Kindern unter 12 Jahren verübten Uebertretungen des Holzdiebstahls um so unbedenklicher Anwendung finden muß, als die abweichenden Bestimmungen des §. 11. des Preuß. Holzdiebstahlsgesetzes vom 2. Juni 1852 rücksichtlich der Strafmündigkeit keine „besondere Vorschrift" im Sinne des §. 2. des Einf.-G. zum B.-St.G.B. vom 31. Mai 1870 darstellen, sich vielmehr lediglich an die zur Zeit in Preußen insofern geltenden allgemeinen Grundsätze des Pr. St.G.B.'s angeschlossen und auf denselben beruhten, also durch die anderweitige Regelung der gesammten Materie von der Strafmündigkeit durch das neue St.G.B. mit den betreffenden Bestimmungen des ältern St.G.B's. beseitigt sind." (Preuß. Ob. Trib. 30. Okt. 1871. J.M.B. S. 283. O.R. 12. S. 546).

Das vorstehende Erk. spricht zugleich aus, daß in solchem Falle gegen Diejenigen, welche nach dem Preuß. Holzdiebstahlsgesetze bei Holzdiebstählen der unter ihrer Gewalt rc. stehenden Personen haftbar sind, die unmittelbare Verfolgung zulässig sei. Die Gründe sagen hierüber:

„Während nach §. 10. des Holzdiebstahlsgesetzes die Haftbarkeit der dort aufgeführten dritten Personen für die Geldbuße, den Werthersatz und Kosten, zu welchen der eigentliche Frevler verurtheilt wird, nur im Falle des Unvermögens des letzteren eintreten soll, schreibt der §. 11 vor, daß die nach §. 10. haftenden Personen zur Zahlung von Geldbuße, Werthersatz und

Kosten, welche den Thäter getroffen haben würden, falls er das 16. Lebensjahr vollendet gehabt hätte, unmittelbar als haftbar verurtheilt werden sollen, wenn rücksichtlich des noch nicht 16jährigen Thäters angenommen werde, daß er ohne Unterscheidungsvermögen gehandelt habe, und deshalb dessen Freisprechung erfolge. Beruht nun schon die Vorschrift des §. 10, welche den Vater, Dienstherrn u. s. w. selbst für die Strafe verantwortlich erklärt, auf der Vermuthung seiner eigenen Mitschuld — conf. §. 10. in fine — so erachtete das Gesetz diese Vermuthung in noch höherem Maße für begründet, wenn der eigentliche Thäter, ein Kind unter 16 Jahren, ohne Unterscheidungsvermögen gehandelt hatte. Mit diesem Standpunkte des Gesetzgebers müßte es unbedingt unvereinbar erscheinen, daß fernerhin der Vater eines 12—16jährigen, resp. bei Berücksichtigung des B.-St.G.B.'s bis 18jährigen, ohne Unterscheidungsvermögen handelnden Kindes mit der vollen strafrechtlichen unmittelbaren Verantwortlichkeit für die Handlungen seines Kindes belastet bliebe, während diese Verantwortlichkeit für die Handlung eines Kindes unter 12 Jahren, wo deren Voraussetzungen so augenscheinlich in noch erhöhtem Maße vorliegen, deshalb nicht fortbestehen sollte, weil das neue Gesetz — weitergehend als das ältere preußische — diese Kinder für absolut strafunmündig erklärt hat. Eine derartige Herleitung aus den allgemeinen Bestimmungen des B.-St.G.B.'s ist aber auch völlig unberechtigt. Die direkte Haftbarkeit eines Dritten für die Folgen der That eines ohne Unterscheidungsvermögen handelnden Kindes nach §. 11. H.D.Ges.'s ist unbedenklich nicht als eine strafrechtliche Folge des formellen Aktes der Freisprechung eines noch nicht Sechszehnjährigen wegen Mangels an Unterscheidungsvermögen, sondern als eine Folge der Strafunmündigkeit des Letztern aufzufassen, welche durch das freisprechende Erkenntniß nur zur rechtlichen Anerkennung gelangt. Wenn das Gesetz daher auch nur von dem Falle der Freisprechung eines solchen Kindes spricht, so knüpft dasselbe damit doch lediglich an die zur Zeit seines Erlasses gültigen allgemeinen strafrechtlichen Grundsätze an, welche eine absolute Strafunmündigkeit im Sinne des §. 55. des B.-St.G.B.'s nicht kannten, vielmehr ohne Rücksicht auf das Alter des noch nicht 16jährigen Kindes die Feststellung der Strafunmündigkeit in jedem konkreten Falle durch richterliches Erkenntniß verlangten. Dadurch, daß an die Stelle jener allgemeinen Grundsätze, diejenigen traten, welche das B.-St.G.B. in das Strafrecht einführte, konnte daher auch die durch das Holzdiebstahlsgesetz eingeführte, unmittelbare Haftbarkeit der Dritten für die Handlung Strafunmündiger grundsätzlich nicht alterirt werden. Es handelt sich gerade bei dieser unmittelbaren Haftbarkeit recht eigentlich und unzweifelhaft um eine der „besonderen Vorschriften" des Holzdiebstahlsgesetzes im Sinne des §. 2 des Einführungsgesetzes zum B.-St.G.B., welche in Kraft bestehen bleiben sollten. Dieselbe konnte daher zu den allgemeinen Grundsätzen des B.-St.G B.'s nur in dasselbe Verhältniß treten, in welchem sie bisher zu den entsprechenden Bestimmungen des Preuß. St.G.B.'s gestanden hatte. Als eine Folge der neuen Strafgesetzgebung trat mithin nur die Aenderung ein, daß es einer besonderen gerichtlichen Entscheidung über das Vorhandensein der zur Erkenntniß der Strafbarkeit ihrer Handlungen erforderlichen Einsicht bei Kindern unter 12 Jahren nicht mehr bedarf, die Strafunmündigkeit derselben vielmehr schon kraft des Gesetzes feststeht. Es kann deshalb keinem Bedenken unter-

liegen, in diesen Fällen die haftbaren Dritten, deren Lage dadurch übrigens auch materiell keine Aenderung erleidet, fernerhin allein vor Gericht zu stellen, um sich unmittelbar für die Strafe, den Werthersatz und die Kosten verurtheilen zu hören, welche den Thäter getroffen haben würden, wenn er das für die volle Strafmündigkeit entscheidende Alter vollendet hätte."

Strafgesetzbuch §. 2.

„Mildestes Gesetz" (Strafgesetz'?).

3. Der Angeklagte war schuldig erklärt, in der Zeit vom Juli 1867 bis März 1869 in Preußen Champagnerweine mit der Firma und dem Fabrikzeichen mehrerer in Frankreich bestehender Handlungshäuser bezeichnet und diese fälschlich bezeichneten Weine wissentlich dadurch, daß er sie an Berliner Handlungen verkauft, in den Verkehr gebracht zu haben. Nach §. 269. des Preuß., resp. 287 des Deutschen St.G.B.'s verurtheilt, legte er die Nichtigk.-Beschw. ein, weil der deutsch-franz. Handelsvertrag, auf welchem der gegenseitige Etikettenschutz beruhe, durch den Krieg unwirksam, daher die Verletzung dieses Schutzes nach §. 2. des St.G.B. straflos geworden sei. Die Beschw. ist zurückgewiesen: „Es ist zwar in dem Eingange des Artikels 11. des Friedensvertrages zwischen dem deutschen Reich und Frankreich v. 10. Mai 1871 (R.-G.Bl. S. 230) ausdrücklich ausgesprochen, daß die Handelsverträge zwischen Frankreich und den verschiedenen Staaten Deutschlands durch den stattgehabten Krieg aufgehoben worden sind. Allein hieraus folgt keineswegs, daß in dem vorliegenden Falle der §. 269. des Preuß., bezw. der §. 287. des Deutschen St.G.B.'s unanwendbar geworden. Der §. 2. des Preuß. sowohl als der §. 2. des Deutschen St.G.B.'s stellen die allgemeine Regel gleichmäßig auf, daß „eine Handlung dann mit Strafe zu belegen ist, wenn diese Strafe gesetzlich bestimmt war, bevor die Handlung begangen wurde." Es steht aber unangefochten fest, daß der Implorant in der Zeit vom Juli 1867 bis März 1869 die ihm zur Last gelegten Handlungen verübt hat, und es kann daher keinem Zweifel unterliegen, ist auch von der N.B. selbst anerkannt, daß sie damals nach dem §. 269. des Preußischen St.G.B.'s straffällig waren, weil, dem Absatz 2 desselben entsprechend, der Artikel 28 des mit Frankreich abgeschlossenen Handels-Vertrages v. 2. Aug. 1862 (Ges.-Samml. für 1865 S. 348) galt, nach welchem der gegenseitige Schutz der Unterthanen der kontrahirenden Staaten, in Betreff der Bezeichnung oder Etiquettirung der Waaren, oder deren Verpackung, verbürgt war. Es kann sich daher nur fragen: ob die hiernach an sich strafbaren Handlungen durch den in Folge des gedachten Krieges eingetretenen Wegfall des Handelsvertrages straflos geworden sind, — was jedoch unbedenklich verneint werden muß.

In dem Art. IV. des Einf.-G's. zum Preuß. St.G.B. war bestimmt, daß „eine zur Zeit ihrer Begehung strafbare Handlung, wenn eine solche in dem Preuß. St.G.B. mit keiner Strafe, oder mit einer gelinderen, als der bisher vorgeschriebenen bedroht ist, nach dem letztgedachten St.G.B. beurtheilt werden soll." Hieraus ist mit vollem Recht das allgemeine Prinzip hergeleitet, und in der Rechtsprechung festgehalten worden, daß die im Art. IV. l. c. enthaltene Vorschrift nur dann zur Anwendung kommen darf, wenn das be-

treffende Strafgesetz als solches, im Wege der anderweitigen Strafgesetzgebung eine entsprechende Abänderung erfahren hat, dagegen ausgeschlossen bleibt, sobald nur thatsächliche Voraussetzungen eines speziellen Strafgesetzes durch demnächst eingetretene thatsächliche Umstände oder Verhältnisse weggefallen sind, welche dasselbe in irgend einer Weise alteriren. In derartigen Fällen greift die Fundamentregel nach wie vor Platz, daß die That nach demjenigen Strafgesetze zu beurtheilen ist, unter dessen Herrschaft sie verübt wurde.

Gleiche Grundsätze enthält das jetzt geltende Deutsche St.G.B. in dem bereits herangezogenen §. 2. Es heißt dort in dem Abs. 2. desselben:

„Bei Verschiedenheit der Gesetze von der Zeit der begangenen Handlung bis zu deren Aburtheilung ist das mildeste Gesetz anzuwenden."

Es ist dabei nicht im Mindesten zu bezweifeln, daß unter dem vorstehend gebrauchten Ausdruck: „Gesetze" eigentliche Strafgesetze zu verstehen sind. Zunächst enthält das St.G.B. nur Strafgesetze, sodann erhellt aber auch aus der Sprachweise des Deutschen St.G.B.'s, daß überall, wo von Gesetzen ohne andere Bezeichnung die Rede ist, Strafgesetze gemeint sind, wie z. B. der §. 73. l. c. verdeutlicht, welcher, wenn eine und dieselbe Handlung mehre Strafgesetze verletzt, dasjenige Gesetz zur Anwendung gebracht wissen will, das die schwerste Strafe androht. Hieraus folgt unbedenklich, daß §. 2. Abs. 2. l. c. dasselbe allgemeine Prinzip ausspricht, welches der Art. IV. des Einf.-G's. zum Preuß. St.G.B. zur Geltung gebracht hat. Dieses mit dem §. 287 des Deutschen St.G.B.'s und dem im Wesentlichen hiermit übereinstimmenden §. 269. des Preuß. St.G.B.'s in Verbindung gesetzt, läßt keine andere Entscheidung zu, als daß die Handlungsweise des Imploranten auch jetzt strafbar ist, obgleich der mit Frankreich am 2. Aug. 1862 abgeschlossene Handelsvertrag durch den inzwischen eingetretenen Krieg seine Endschaft erreicht hat. Denn nachdem in dem ersten Absatze der erwähnten Gesetzstellen die Strafbarkeit Desjenigen ausgesprochen ist, welcher Waaren oder deren Verpackung fälschlich mit dem Namen oder der Firma eines inländischen Fabrikunternehmers ꝛc. bezeichnet, oder wissentlich dergleichen fälschlich bezeichnete Waaren in Verkehr bringt, heißt es in dem diesfälligen Absatz 2 übereinstimmend:

„Dieselbe Strafe tritt ein, wenn die Handlung gegen Angehörige eines fremden Staates gerichtet ist, in welchem nach veröffentlichten (Staats-) Verträgen oder Gesetzen die Gegenseitigkeit verbürgt ist."

Hiernach ist die Existenz derartiger „Staatsverträge" eine thatsächliche Voraussetzung, um zu der Anwendung der vorgedachten Strafandrohung zu gelangen, und keineswegs eine Strafbestimmung selbst. Fällt sie nach vollendeter Begehung der entsprechenden That fort, so alterirt sie nach dem obigen Prinzip die bereits verwirkte Strafe nicht. Daß dem so sein muß, erhellt aus dem vorliegenden Falle deutlich. Denn der mehrerwähnte Handelsvertrag mit Frankreich vom 2. August 1862 enthielt in dem Art. 32. die ausdrückliche Bestimmung, daß er nur für den Zeitraum von zwölf Jahren geschlossen war, und nach vorheriger zwölfmonatlicher Kündigung erlosch. Wäre nun in einem solchen Falle die Aufhebung desselben eingetreten, so würde jedenfalls derjenige, welcher während des Bestehens des Vertrages gegen die bezeichneten Strafgesetze gehandelt hätte, seine Straffreiheit nicht haben fordern können,

und es ergiebt sich daraus, daß die Ursache, nach welcher der Staatsvertrag seine Giltigkeit verloren, eine nicht ins Gewicht fallende ist." (Preuß. Ob.-Trib. 12. Jan. 1872. O.R. 13. S. 36. G.A. 20. S. 79).

Strafgesetzbuch §. 3.

Ort der That.

4. „Das altgermanische, im §. 44. des Deutschen St.G.B.'s wiederum zur Geltung gebrachte Prinzip des materiellen Strafrechts, wonach die volle Strafe eines Verbrechens oder Vergehens nicht blos durch böswilliges Handeln, sondern auch durch den eingetretenen Erfolg eines objektiven Thatbestandes bedingt ist, soll zwar, wie in Theorie und Praxis des internationalen Strafrechts ziemlich allgemein angenommen wird, und ebenfalls in der Preuß. St.P.O. vom 25. Juni 1867 §. 39. Abs. 1. bestimmt ist, für die prozessualische Frage nach der örtlichen Zuständigkeit der Gerichte nicht zur Folge gezogen, vielmehr, unstreitig aus praktischen Zweckmäßigkeitsgründen, als forum delicti commissi ausschließlich der Bezirk betrachtet werden, in welchem die verbrecherische Handlung begangen worden ist, ohne Rücksicht auf die, möglicherweise unter Einwirkung zufälliger Umstände räumlich und zeitlich entfernt davon eintretenden Folgen der Handlung. Allein willkürlich und ungerechtfertigt ist es, den Begriff der verbrecherischen Handlung dergestalt einzuengen, daß dieselbe gar keine Tragweite haben sollte über den Bereich desjenigen Grundes und Bodens hinaus, auf welchem der Handelnde gerade seinen Standpunkt genommen hatte. Es muß vielmehr die Begehungshandlung so lange als fortgesetzt betrachtet werden, bis der in Ausführung begriffene verbrecherische Wille mit seiner äußeren Einwirkung das bezielte Objekt oder Subjekt selbst erreicht hat. Zur Begehung eines verbotenen Verkaufsangebots gehört daher nicht allein das Aufsetzen des das Angebot enthaltenden Schreibens, sondern ebenfalls die Ueberbringung dieses Schreibens an denjenigen, welchem das Angebot gemacht werden soll. Wenn in letzterer Beziehung die Vorinstanz nur das Abgeben des Briefes an die Post, welches in Hamburg geschehen, als Handlung des Angeschuldigten angesehen wissen will, weil die Weiterbeförderung durch die Postanstalt geschehen sei und eine Verantwortlichkeit des Auftraggebers für die Handlung des Beauftragten nur in civilrechtlicher Hinsicht stattfinde, so beruht dies auf Irrthum. Auch strafrechtlich hat derjenige, welcher sich der Beihülfe Anderer für verbrecherische Zwecke in der Weise bedient, daß dem Dritten jede Mitwissenschaft um die Widerrechtlichkeit des Vorhabens benommen war, die Verantwortung allein zu tragen, indem es sich dann nicht anders verhält, als wenn er sich eines willenlosen Werkzeuges bedient hätte. Darum bedroht das Deutsche St.G.B. §. 48. den wissentlichen Anstifter mit der Strafe des Thäters und im §. 49. nur denjenigen mit der Strafe eines Gehülfen, welcher wissentlich Hülfe geleistet hat. Solchemnach war die durch die Post bewirkte Weiterbeförderung des inkriminirten Schreibens von Hamburg an seine Adresse in F. als mittelbar eigene Handlung des Angeklagten zu beurtheilen, und also die durch Vdn. vom 25. Juni 1867 Art. IV. §. 1. verpönte Handlung von ihm in Königl. Preußischen Landen begangen." (Preuß. Ob. App. G. 24. Januar 1872. J.M.B. S. 71. O.R. 13. S. 75).

Strafgesetzbuch §. 5. Nr. 3.

„Ausland".

5. „Der Angeklagte ist wegen eines im Juli 1870 im Fürstenthum Schwarzburg-Sondershausen verübten Betruges auf Grund der §§. 241., 242. des Preuß. St.G.B.'s, bei Berücksichtigung der Art. 236—238. des St.G.B.'s für die Thüringischen Staaten zur Untersuchung gezogen und unter Anwendung der milderen Bestimmungen des Deutschen St.G.B.'s bestraft.

Abgesehen von der im vorliegenden Falle nicht zutreffenden Bestimmung des §. 263. des Deutschen St.G.B.'s in Betreff des gegen Angehörige rc. verübten Betruges, machen weder das Preuß. St.G.B. noch das Deutsche St.G.B. die Verfolgung wegen Betruges von einem Antrage des Verletzten abhängig. Dagegen war nach Art. 238. des St.G.B.'s für die Thüringischen Staaten, welches zur Zeit der Verübung des dem Imploranten zur Last gelegten Betruges am Orte der That Geltung hatte, der Betrug bei Eingehung von Verträgen nur auf Antrag der Betheiligten zu untersuchen und zu bestrafen.

Ein solcher Antrag ist in der vorliegenden Sache von dem Verletzten nicht gestellt worden. — —

Nach §. 5. Nr. 3. des Deutschen St.G.B.'s war die Verfolgung des Imploranten, gegen welchen erst unterm 9. Mai 1871, also nach eingetretener Geltung des St.G.B's, die Untersuchung eingeleitet worden ist, unter der Voraussetzung ausgeschlossen, daß nach Bestimmung des St.G.B.'s für die Thüringischen Staaten zur Verfolgbarkeit des von dem Imploranten begangenen Betruges ein Antrag des Verletzten erforderlich war.

Denn wenngleich nach Vorschrift des §. 8. des Deutschen St G B.'s unter „Ausland" im Sinne dieses Strafgesetzes jedes nicht zum Norddeutschen Bunde, beziehungsweise zum Deutschen Reiche gehörige Gebiet verstanden werden soll, das Fürstenthum Schwarzburg-Sondershausen aber zur Zeit der Eröffnung der Untersuchung bereits dem Norddeutschen Bunde, also nicht mehr dem Auslande im Sinne des §. 8. a. a. O. angehörte, so ist doch die gedachte Begriffsbestimmung für die Auslegung der Vorschriften der §§. 4. ad 3., 5. ad 3. a. a. O. im vorliegenden Falle nicht als maßgebend zu erachten.

Letztere beruhen auf dem Grundsatze:

> daß Niemand wegen eines nach den Gesetzen des Norddeutschen Bundes, beziehungsweise des Deutschen Reichs, mit Strafe bedrohten Verbrechens oder Vergehens bestraft werden soll, welches nicht auch nach den Gesetzen des Orts, an welchem es begangen worden, strafbar und verfolgbar ist.

Die Anwendung dieses Grundsatzes kann nicht durch den zufälligen Umstand ausgeschlossen werden, daß nach Verübung der That an einem der Strafgesetzgebung des Norddeutschen Bundes damals nicht unterworfenen Orte für dieses Gebiet die letztgedachte Strafgesetzgebung eingeführt worden ist. Er gestattet nicht die ungleichartige Behandlung verschiedener Handlungen, von

welchen die eine in einem außerhalb des Gebiets des Norddeutschen Bundes, beziehungsweise des Deutschen Reichs belegenen, die andere in einem diesem Staatsverbande zur Zeit der Begehung der That zwar angehörigen, aber erst später der Gesetzgebung desselben unterworfenen Orte unter gleichen Bedingungen fehlender Strafbarkeit oder Verfolgbarkeit begangen ist.

Unter „Ausland" im Sinne der mehrgedachten Vorschriften muß mithin dasjenige Gebiet verstanden werden, in welchem zur Zeit der Begehung der That die Strafgesetze des norddeutschen Bundes, beziehungsweise des deutschen Reichs nicht in Geltung waren.

Die Verurtheilung oder Freisprechung des Imploranten war sonach im vorliegenden Falle von der Bejahung oder Verneinung der Frage abhängig: „ob nach Vorschrift des Strafgesetzbuchs für die Thüringischen Staaten zur Verfolgung des von dem Imploranten verübten Betruges ein Antrag des Betheiligten erforderlich war, insbesondere, ob nach Anleitung des Art. 238 a. a. O. dieser Betrug bei **Eingebung eines Vertrages** verübt worden ist." (Preuß. Ob.-Trib. 8. Febr. 1872. G A. 20. S. 179).

Strafgesetzbuch §. 8.

Deutsche Staaten als „Inland" in Betr. der vor Einführung der deutschen Verfassung erfolgten Strafverbüßung.

6. Angeklagter ist im Jahre 1866 in Preußen wegen Diebstahls bestraft. Diese Bestrafung wurde bei der Frage, ob Rückfall (§. 244) vorliege, in Anrechnung gebracht und die Ausführung, daß nur eine nach dem Eintreten der Verfassung des nordd. Bundes v. 16. Juli 1867 erfolgte Strafverbüßung als eine im Inlande erfolgte anzusehen sei, verworfen: „Denn nach der ganz unzweideutigen Bestimmung in §. 8 des B Str.G.B.'s ist als Ausland im Sinne des letzteren jedes nicht zum norddeutschen Bunde gehörige Gebiet, das Königreich Preußen sonach aber zweifellos als Inland anzusehen, wobei die Frage, zu welcher Zeit eine Strafe in einem nunmehr inländischen Staate verbüßt worden ist, insbesondere ob dies vor dem Inkrafttreten der Verfassung des norddeutschen Bundes der Fall gewesen, nicht weiter in Betracht gelangt, da es lediglich darauf ankommt, ob der betreffende Staat gegenwärtig als zum Inlande gehörig anzusehen sei. Ebenso ist die Annahme durchaus unzutreffend, daß solchenfalls der härteren Vorschrift in §. 244 des Bd.Str.G.B.'s rückwirkende Kraft zu Ungunsten des Angeklagten beigelegt werde. Von einer solchen rückwirkenden Kraft könnte schon an sich nicht die Rede sein, da das dermalen zur Bestrafung vorliegende Verbrechen unter der Herrschaft des Bd.Str.G.B. verübt worden ist, sonach aber bei dessen Aburtheilung lediglich die Bestimmungen des letzteren zur Anwendung zu gelangen haben, gleichviel, ob solche zu einem härteren Strafergebnisse führen, als zu welchem gelangt sein würde, wenn die Bestimmungen des Rev. St.G.B.'s der Strafabmessung hätten zu Grunde gelegt werden können. Aber die fragliche Bestimmung ist, dem darin ausgesprochenen Prinzipe nach, überhaupt eine für die Angeklagten günstigere, da durch solche die Annahme der Rückfälligkeit eines Diebes dann ausgeschlossen wird, wenn die Vorbestrafungen nicht im Inlande stattgefunden haben, während eine solche Beschränkung in Art. 82 des Rev. Str.G.B.'s nicht enthalten war. (K. sächs. Ob.-App.-Ger. 24. Apr. 1871. S.G. 15 S. 156.)

Strafgesetzbuch §. 19.

Abmessung der Zuchthausstrafe bei Umwandlung einer Gefängnißstrafe in Zuchthausstrafe.

7. Nach Art. 131 des preuß. Gesetzes vom 3. Mai 1852 sind in dem Falle, wenn verschiedene gegen die nämliche Person ergangene Strafurtheile gleichzeitig zur Vollstreckung zu bringen sind, welche Freiheitsstrafen von schwererer und von geringerer Art verhängen, die letzteren Strafen in die der erkannten schwereren Art zu verwandeln.

Die Angeklagte D. war durch rechtskräftiges Erkenntniß wegen einfachen Diebstahls zu einer Gefängnißstrafe von neun Monaten verurtheilt.

Demnächst ist dieselbe zu einem Jahr und sechs Monaten Zuchthaus verurtheilt worden. Als die Angeklagte zur Verbüßung der Zuchthausstrafe nach der Strafanstalt abgeführt wurde, hatte sie von der neunmonatlichen Gefängnißstrafe 2 Monate und 16 Tage abgebüßt.

Auf den Antrag des Staatsanwalts, von dem Rest der Gefängnißstrafe sechs Monate in eine viermonatliche Zuchthausstrafe zu verwandeln, beschloß das Kgl. Stadtgericht, daß die noch zu verbüßende Gefängnißstrafe von 6 Monaten und 15 Tagen in eine Zuchthausstrafe von 4 Monaten und 10 Tagen zu verwandeln. Nachdem die hiergegen erhobene Beschwerde durch Beschluß des Kammergerichts zurückgewiesen worden, hat gegen diesen Beschluß der Ober-Staatsanwalt Beschwerde erhoben, weil nicht dem Antrage des Staatsanwalts gemäß, die Umwandlung allein bezüglich der Gefängnißstrafe von sechs Monaten in eine Zuchthausstrafe von vier Monaten ausgesprochen, die Gefängnißstrafe von 15 Tagen dagegen der Vollstreckung (in dieser Strafart) überlassen sei.

Die Beschwerde ist aus folgenden Gründen zurückgewiesen:

„Es kann zuvörderst einem Zweifel nicht unterliegen, daß die fortdauernde Anwendbarkeit der im Art. 131 cit. enthaltenen prozessualischen Vorschrift durch das Bestehen solcher Bestimmungen des materiellen Rechts bedingt ist, welche eine Strafumwandlung in der Weise ermöglichen, wie jene Vorschrift sie will.

Dazu genügt es aber nicht, daß das Strafgesetz das Verhältniß der geringeren Freiheitsstrafe zu der schwereren überhaupt festsetzt, sondern es muß auch die Verwandlung der ganzen geringeren Freiheitsstrafe in die schwerere möglich sein. Denn der Art. 131 schreibt die Verwandlung der ganzen Strafe vor.

Davon, daß ein Theil dieser Strafe, wie die Beschwerde will, zu verwandeln, ein anderer Theil in der Art, wie sie erkannt worden, zu vollstrecken sei, enthält der Artikel keine Andeutung; er konnte ein solches Verfahren nicht wollen, ohne mit dem ganzen Zweck der Strafumwandlung in Widerspruch zu treten.

Wenn daher der §. 19 Absatz 2 auf die Fälle der Strafverwandlung Anwendung fände, so würde diese Umwandlung in allen Fällen ausgeschlossen sein, in welchen die zu verwandelnde Gefängnißstrafe nicht gerade eine solche Dauer hat, daß ihr ein voller Monat oder eine Anzahl voller Monate Zuchthausstrafe genau entspricht. Denn das Auskunftsmittel, auf welches in den Motiven zu dem Strafgesetzbuche hingewiesen wird und welches darin besteht, daß die bei der Umwandlung sich ergebenden Bruchtheile eines Monats

nicht in Anrechnung zu bringen seien, erscheint als nicht zutreffend, da einem rechtskräftigen Urtheil, welches eine Strafe verhängt, nicht in Ansehung eines Theiles dieser Strafe die Wirkung entzogen werden kann, sofern nicht eine jeden Zweifel ausschließende gesetzliche Vorschrift hierzu ermächtigt.

Die aus dem Vorstehenden sich ergebende Thatsache, daß die Möglichkeit einer Strafumwandlung auf eine verschwindend kleine Anzahl von Fällen beschränkt sein würde, wenn der §. 19 Absatz 2 auf alle Fälle, in welchen es auf Festsetzung einer Zuchthausstrafe ankommt und insbesondere auf Fälle der Strafumwandlung zu beziehen wäre, ist zwar für sich allein nicht entscheidend; sie legt jedoch den Zweifel nahe, ob die Absicht des Gesetzes dahin gegangen sein könne, die Strafumwandlung im Grundsatze zu sanktioniren (§. 28) und zugleich eine Bestimmung zu erlassen, durch welche die Durchführung des Grundsatzes der Regel nach unmöglich gemacht würde.

Eine nähere Betrachtung der einschlägigen Bestimmungen führt aber auch zu dem Ergebnisse, daß der §. 19 Absatz 2 sich keineswegs auf alle Fälle bezieht, in welchen Zuchthausstrafe festzusetzen ist.

Die Worte desselben: „Die Dauer einer Zuchthausstrafe darf nur nach vollen Monaten *bemessen* werden“, stehen der Auslegung zur Seite, daß sich diese Vorschrift nur auf die Fälle beziehe, in welchen der Richter bei einem mit Zuchthausstrafe bedrohten Verbrechen die Dauer der Strafe *abzumessen* hat.

So aufgefaßt erscheint die Bestimmung auf der einen Seite als eine zweckmäßige, insbesondere als eine solche, durch welche die Strafvollstreckung erleichtert, und Irrthümern bei Berechnung der Strafe entgegengewirkt wird; auf der andern Seite ist sie vom Standpunkte der Gerechtigkeit unbedenklich, da sie einem Zweifel darüber nicht Raum giebt, daß der die Strafe abmessende Richter von einer Erhöhung derselben abzusehen hat, wenn ihm die Erhöhung um die Dauer eines vollen Monats nicht gerechtfertigt erscheint.

Diese dem Wortlaute entsprechende Auslegung ist aber aus sachlichen Gründen für die allein richtige zu erachten.

Denn es kann nicht angenommen werden, daß einer auf Gründen der *Zweckmäßigkeit* beruhenden Bestimmung von dem Gesetze eine solche Tragweite beigelegt sei, daß sie auch dann zur Anwendung komme, wenn und insoweit sie einer *gerechten Verhängung der Strafe* entgegenstehen würde. Ein solches Hinderniß würde aber eintreten, wenn der §. 19 Abs. 2 nicht in der bezeichneten Beschränkung zu verstehen wäre.

Nach §. 74 Absatz 1 und 2 soll bei einer realen Konkurrenz von Verbrechen und Vergehen auf eine Gesammtstrafe erkannt werden, welche in einer Erhöhung der verwirkten schwersten Strafe besteht. Bei dem Zusammentreffen ungleichartiger Freiheitsstrafen soll alsdann diese Erhöhung bei der ihrer Art nach schwersten Strafe eintreten.

Nach §. 79 soll diese Vorschrift auch dann Anwendung finden, wenn, bevor eine erkannte Strafe verbüßt, verjährt oder erlassen ist, die Verurtheilung wegen einer strafbaren Handlung erfolgt, welche vor der früheren Verurtheilung ergangen war.

Wenn im Falle dieser Art die schwerste Strafe, resp. die erkannte (§. 79), in Zuchthausstrafe besteht, so muß eine Erhöhung dieser Strafe erfolgen.

Da sich nun aber sehr wohl das mit einer geringeren Freiheitsstrafe bedrohte Vergehen als ein so leichtes darstellen kann, daß die Erhöhung der Zuchthausstrafe um einen vollen Monat nicht gerecht sein würde, so wird nur dann, wenn der §. 19 Absatz 2 auf derartige Fälle nicht zu beziehen ist, der Richter nicht in die Alternative versetzt, entweder der Gerechtigkeit entgegen die Zuchthausstrafe gleichwohl um einen vollen Monat zu erhöhen, oder dem Gesetze entgegen, eine Erhöhung gar nicht eintreten zu lassen.

Was die Umwandlung einer erkannten Strafe insbesondere betrifft, so wird dieselbe in dem Strafgesetzbuche in Beziehung auf den Fall behandelt, daß eine Geldstrafe nicht beizutreiben ist.

Es bestimmt nämlich der §. 28 im ersten Absatze: „Eine nicht beizutreibende Geldstrafe ist in Gefängniß . . . . umzuwandeln", und der Absatz 3 lautet: „War neben der Geldstrafe auf Zuchthaus erkannt, so ist die an der Stelle tretende Gefängnißstrafe nach Maßgabe des §. 21 in Zuchthaus umzuwandeln."

Neben der Zuchthausstrafe droht nun aber das Strafgesetzbuch in einem Falle eine Geldstrafe von Einem bis Eintausend Thalern (§. 268 Nr. 1 in Verbindung mit §. 27), in anderen Fällen eine Geldbuße von Funfzig bis zu Eintausend Thalern (§. 349) oder von Funfzig bis Zweitausend Thalern an (§§. 265, 268 Absatz 2, §§. 272, 273).

Da aber der §. 29 es in das Ermessen des Richters stellt, bei Umwandlung der Geldstrafe in Freiheitsstrafe den Betrag von Einem Thaler bis zu Fünf Thalern einer eintägigen Gefängnißstrafe gleichzuachten, und da nach §. 21 das Verhältniß der Gefängnißstrafe zu der Zuchthausstrafe wie eins zu zwei Dritteln ist, so würde der Fall nur selten eintreten, daß die der Geldstrafe zu substituirende Zuchthausstrafe nicht mehr und nicht weniger als einen vollen Monat betrüge, respektive sich nach vollen Monaten abrundete.

Da nun aber das Gesetz nicht für einzelne Fälle der Ausnahme, sondern für alle Fälle die Umwandlung gebietet, so kann die im §. 19 Absatz 2 enthaltene Beschränkung sich auf die Fälle der Umwandlung nicht beziehen.

Wenn für die entgegengesetzte Ansicht angeführt worden ist, daß der erkennende Richter sich dieser Beschränkung mit Leichtigkeit werde fügen können, da er eine solche Dauer der Gefängnißstrafe zur Grundlage der Umwandlung nehmen könne, daß sich eine Zuchthausstrafe von vollen Monaten ergebe, so beruht dies zuvörderst insofern auf einer unrichtigen Voraussetzung, als in denjenigen Fällen, in welchen die Geldstrafe nicht wenigstens fünfundvierzig Thaler beträgt, die Zuchthausstrafe die Dauer von Einem Monat nicht erreichen kann. Sodann aber ist dem Richter das Ermessen, welches ihm gestattet, bei der Umwandlung den Betrag von Einem bis zu Fünf Thalern einer eintägigen Gefängnißstrafe gleichzuachten, zu dem Zwecke gegeben, um davon mit Rücksicht auf die besonderen Umstände des konkreten Falles einen sachgemäßen gerechten Gebrauch zu machen; es kann nicht angenommen werden, daß dieses sein freies Ermessen durch eine Vorschrift habe beschränkt werden sollen, welche lediglich auf Gründen äußerer Zweckmäßigkeit beruht, welche

daher ihre Berechtigung verliert, sobald sie sich als mit einer gerechten sachlichen Behandlung unvereinbar darstellt.

Wenn sich in einzelnen Fällen der Umwandlung Schwierigkeiten der Berechnung ergeben können, so ist hieraus ein Grund gegen die vom Gesetz unbedingt vorgeschriebene Umwandlung nicht zu entnehmen.

Der Umstand insbesondere, daß bei Freiheitsstrafen, also in Fällen, in welchen Zuchthausstrafe nach Tagen festzusetzen ist, auch bei der Zuchthausstrafe nicht Bruchtheile eines Tages vorkommen dürfen (§. 19, Absatz 2), ist zur Erregung eines Bedenkens nicht geeignet. Denn es ist als dem Sinne des Strafgesetzbuches entsprechend anzuerkennen, daß die sich etwa ergebenden Bruchtheile eines Tages in Wegfall zu bringen sind." (Preuß. Ob.-Trib. 22. Jan. 1872. J.M.B. S. 78. O.R. 13 S. 62. G.A. 20 S. 10).

Strafgesetzbuch §. 32.

Anerkennung der Ehrenrechte bei Realkonkurrenz.

8. „Wird bei einer Realkonkurrenz mehrerer Verbrechen oder Vergehen nach Maßgabe von §. 74 des R.Str.G.B.'s an die Stelle mehrerer verwirkter Freiheitsstrafen eine Gesammtstrafe gesetzt, so bleibt von derselben die Frage, ob gleichzeitige Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte statthaft sei, ganz unberührt. Die Beantwortung dieser Frage hängt vielmehr, wie aus §. 76 hervorgeht, lediglich davon ab, ob eine solche Aberkennung neben einer oder mehreren der verwirkten Einzelstrafen zulässig oder sogar geboten sei. Nun hat, soviel den gegenwärtigen Fall betrifft, der Angeklagte N. in realer Konkurrenz

a) einen unter §. 117, Abs. 2 fallenden Widerstand,
b) einen Forstdiebstahl und
c) eine Reihe gemeiner Diebstähle

sich zu Schulden gebracht, und es sind wegen dieser sämmtlichen Vergehen von der vorigen Instanz Einzelstrafen ausgeworfen worden. Keiner dieser Einzelstrafen konnte zulässiger Weise Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte beigefügt werden. Zuvörderst gehören nämlich die Vergehen unter a und b zu denjenigen, bei denen überhaupt das Gesetz den Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte nicht zuläßt. Hiernächst ist es zwar nach §. 248 im Allgemeinen statthaft, neben einer wegen Diebstahls ausgefallenen Gefängnißstrafe auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte zu erkennen. Gleichwohl konnte im gegenwärtigen Falle die wegen der Diebstähle unter c ausgeworfene, im Ganzen nur 25 Tage betragende Gefängnißstrafe zu Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte nicht berechtigen, da §. 32 die allgemeine Vorschrift ertheilt, daß neben der Gefängnißstrafe nur dann, wenn deren Dauer drei Monate erreicht, auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden kann. Hieran wird auch, wie sich aus dem Obigen ergiebt, dadurch etwas nicht geändert, daß die gegen den Angeklagten nach §. 74 ausgefallene Gesammtstrafe eine die Dauer von 3 Monaten übersteigende Gefängnißstrafe ist." (K. sächs. Ob.App.G. 13. Okt. 1871. S.G. 16 S. 17).

Strafgesetzbuch §. 34 Nr. 6.

Kurator.

9. Unter „Kuratoren" sind nicht einfache Vermögens-Administratoren, sondern Diejenigen zu verstehen, denen auch eine Sorge für unselbstständige Personen obliegt; Konkurs-Kuratoren gehören also nicht hierher. (Oldenburg O.A.G. 7. August 1871. Jur. Wochenschr. 1872 S. 88.)

Strafgesetzbuch §. 42.

Objektives Strafverfahren bei Preßvergehen (Antragsdelikten).

10. „Die Nummer 13 der Zeitung „Figaro" vom 13. Dezember 1871 ist, weil in dem Leitartikel derselben: „Erst gefaßt und dann gehängt werden", der Thatbestand einer Beleidigung des Staatsministers v. Mühler erkannt wurde, polizeilich mit Beschlag belegt und durch Beschluß des königlichen Stadtgerichts hierselbst vom 18. Dezember 1871 die Beschlagnahme aufrecht erhalten worden.

Nachdem der Staatsminister von Mühler unter dem 19. Dezember 1871 die Stellung eines Strafantrages abgelehnt hatte, hat der Staatsanwalt den Antrag gestellt: „das Verfahren auf Unbrauchbarmachung des Leitartikels der Nr. 19 der Zeitung „Berliner Figaro" auf Grund des Gesetzes über die Presse §§. 32, 33 und 50 und des Strafgesetzbuchs §§. 41 und 42 einzuleiten".

Durch den Beschluß des Stadtgerichts und den auf Beschwerde des Staatsanwalts ergangenen Beschluß des Kammergerichts ist indessen dieser Antrag als gesetzlich unzuläßig abgelehnt.

Der Ober-Staatsanwalt hat gegen den letzteren Beschluß Beschwerde erhoben.

Dieselbe muß für begründet erachtet werden. Der angefochtene Beschluß geht davon aus, daß „der fehlende Antrag des Berechtigten auf Verfolgung wegen einer Handlung, deren Verfolgung nur auf Antrag eintritt, die Handlung selbst zu einer nicht strafbaren mache und jedes Verfahren darüber, ob die Handlung, falls der Antrag gestellt würde, eine strafbare sein würde, d. h. jedes Verfahren, welches die eventuelle Feststellung eines objektiven Thatbestandes zum Zwecke hat, ausgeschlossen bleiben sein müsse, so lange nicht der Antrag auf Verfolgung gestellt sei; auch das in den §§. 41, 42 des Strafgesetzbuchs angeordnete selbstständige Verfahren immer voraussetze, daß eine verfolgbare, also strafbare Handlung vorliege, und nur den Fall im Auge habe, wenn wegen solcher an sich verfolgbaren Handlung die Verfolgung oder Verurtheilung einer bestimmten Person nicht ausführbar sei."

Diese Ausführung ist gesetzlich nicht begründet.

Schon vor dem Eintreten der Geltung des deutschen Strafgesetzbuchs war nach §. 50 des Preßgesetzes vom 12. Mai 1851 ein selbstständiges Verfahren auf Vernichtung von Druckschriften, welche Beleidigungen enthielten, dann zuläßig, wenn der zur Verfolgung der schuldigen Person erforderliche Antrag nicht gestellt war, weil, wie dies in dem Erkenntnisse des Ober-Tribunals vom 10. Oktober 1867 (295. Cr. II.) und in dem Erkenntnisse der vereinigten Abtheilungen des Senats für Strafsachen vom 7. November

1868 (5. Cr. Pl. Präjudiz 316) näher ausgeführt ist, bei dem Verfahren auf Vernichtung lediglich das öffentliche Interesse in Frage kommt, welches, unabhängig von dem Antrage des Verletzten, die Verhinderung der Verbreitung solcher Druckschriften erfordert, deren Inhalt gegen die Strafgesetze verstößt; weil ferner die Einleitung eines solchen, durch das Interesse des Staats gebotenen Verfahrens nirgends von dem Strafantrage einer Privatperson abhängig gemacht ist, und der §. 50 Alinea 1 des Preßgesetzes die Vernichtung von Druckschriften, in denen der Thatbestand strafbarer Handlungen erkannt wird, auch für den Fall der Freisprechung des Angeklagten anordnet.

Durch §. 2 des Einführungsgesetzes vom 31. Mai 1870 zum Strafgesetzbuche sind die besonderen Vorschriften des Landesstrafrechts über Verletzungen der Preßpolizeigesetze in Kraft erhalten und demnach der §. 50 des Preßgesetzes vom 12. Mai 1851, welcher in jene Kategorie unbedenklich gehört, noch jetzt anzuwenden.

Aber auch nach den Vorschriften des Strafgesetzbuchs selbst erscheint der Antrag der Staatsanwaltschaft hinlänglich gerechtfertigt.

Die §§. 41, 42 desselben verordnen:

> §. 41. Wenn der Inhalt einer Schrift, Abbildung oder Darstellung strafbar ist, so ist im Urtheile auszusprechen, daß alle Exemplare, sowie die zu ihrer Herstellung bestimmten Platten und Formen unbrauchbar zu machen sind.
>
> §. 42. Ist in den Fällen der §§. 40 und 41 die Verfolgung oder die Verurtheilung einer bestimmten Person nicht ausführbar, so können die daselbst vorgeschriebenen Maßnahmen selbstständig erkannt werden.

Der Beschluß des königlichen Kammergerichts vom 29. Januar hielt diese Bestimmungen aus dem Grunde nicht anwendbar, weil zu der im §. 41 cit. erforderten „Strafbarkeit" bei Antragsdelikten auch das Vorhandensein eines Strafantrags gehöre.

Dieser Auffassung kann nicht beigetreten werden.

Der §. 41 a. a. O. spricht nur von der Strafbarkeit des Inhaltes einer Druckschrift und giebt durch diese Ausdrucksweise, wenn sie auch sprachlich nicht ganz korrekt sein mag, und der ihr zum Grunde liegende Gedanke im §. 50 Alinea 1 des Preßgesetzes vom 12. Mai 1851 einen zutreffenderen Ausdruck gefunden hat, doch deutlich zu erkennen, daß von der Strafbarkeit einer Person hier ganz abgesehen werden sollte. Der folgende §. 42 stellt dies außer allen Zweifel.

Auch der §. 61 des Strafgesetzbuchs steht der Auffassung des angefochtenen Beschlusses nicht zur Seite.

Das Erforderniß eines Strafantrages hat, wie bereits in dem Erkenntnisse des Ober-Tribunals vom 27. April 1871 (112. Cr. II.) ausgeführt ist, nicht die Bedeutung, daß die vom Gesetze mit Strafe bedrohte Handlung in Ermangelung eines Antrages als eine nicht strafbare angesehen werden könnte. Der Charakter einer Handlung als einer strafbaren oder straflosen ist vielmehr objektiv gegeben und richtet sich danach, ob das Strafgesetz die Handlung mit Strafe bedroht oder nicht.

Es kann daher nicht eine und dieselbe Handlung in dem einen Falle

eine strafbare sein, in dem anderen nicht. Die rechtliche Bedeutung des §. 61 cit. ist vielmehr nur in der Zulässigkeit der Verfolgung zu suchen, ist demnach nur eine prozessualische und bezieht sich, wie §. 42 cit. ergiebt, nur auf die Verfolgung der schuldigen Person, während die Vernichtung von Gegenständen der in den §§. 40, 41 bezeichneten Art ohne Rücksicht auf die Möglichkeit der Verfolgung einer bestimmten Person eintreten soll." (Preuß. Ob.-Trib. 6. März. 1872. OR. 13 S. 192. G.A. 20 S. 182).

Strafgesetzbuch §. 46 Nr. 2.

Wann ist die Handlung entdeckt?

11. Die Annahme, daß im §. 46 Nr. 2 nur die Entdeckung durch eine zur strafrechtlichen Verfolgung autorisirte Behörde gemeint sei, findet in der ganz allgemeinen Wortfassung des Gesetzes keinen Anhalt, und ebensowenig lassen sich Argumente für eine solche einschränkende Auslegung aus dem Geiste des Gesetzes auffinden. Es genügt, daß die That nicht mehr Geheimniß geblieben, sondern zur Kenntniß anderer Personen gekommen war. (Preuß. Ob.App.-G. 11. Okt. 1871. O.R. 12 S. 505).

Strafgesetzbuch §. 63.

Begünstigung. Partirerei.

12. Die Angeklagte hat Sachen, von denen sie wußte, daß dieselben bestohlen waren, um ihres Vortheils willen angekauft und ist auf Grund des §. 259 St.G.B. verurtheilt. Der Dieb, der Sohn des Bestohlenen, ist straffrei geblieben, weil der gegen ihn gestellte Antrag zurückgenommen war. Die Angeklagte behauptet in ihrer Nicht.-Beschw. Verletzung der §§. 63, 247, 259 St.G.B. Die Beschwerde ist indessen zurückgewiesen worden: „Das Gesetz stellt die Merkmale der Hehlerei in Beziehung auf Personen, die sogenannte Hehlerei im engeren Sinn, im §. 258, und für die Hehlerei durch Ansichbringen von Sachen, die sogenannte Partirerei, im §. 259 völlig selbstständig fest, und scheidet beide strafbare Handlungen begrifflich scharf von einander, sowie es auch bereits durch die Ueberschrift des betreffenden Abschnitts „Begünstigung und Hehlerei darauf hinweist, daß es sich um zwei begrifflich verschiedene Dinge handelt, die Hehlerei nicht nothwendig Begünstigung sein muß, wenn auch unter gewissen Umständen der Begünstiger vom Gesetze als Hehler bezeichnet und mit Strafe bedroht wird.

Lediglich auf Hehlerei im Sinne des §. 259 (Partirerei), nicht auf Begünstigung resp. Hehlerei im Sinne des §. 258, lautet aber die erhobene Anklage.

Hieraus folgt schon, daß von einer Verletzung der §§. 36 und 64 des Strafgesetzbuchs gar nicht die Rede sein kann. Denn der im §. 63 ausgesprochene Grundsatz: daß der Antrag auf Verfolgung nicht getheilt werden dürfe, bezieht sich nur, wie es daselbst heißt, auf sämmtliche an der Handlung Betheiligte (Thäter, Theilnehmer) sowie den Begünstiger. Ebenso bestimmt der §. 64 nur rücksichtlich derselben Personen, daß die rechtzeitige Zurücknahme des Antrags gegen eine derselben die Einstellung des Verfahrens auch gegen die andere zur Folge haben solle. Zu

diesen Personen gehört der Hehler im Sinne des §. 259 gar nicht, seine mit der Handlung des Thäters in gar keiner Verbindung stehende Handlung stellt eine Betheiligung an jener Handlung im Sinne des §. 63 nicht dar, er fällt auch nicht unter den im §. 63 in seinem technischen Sinne gebrauchten Ausdruck Begünstiger. Die Bestimmung des §. 247 init., nach welcher der Dieb wegen der in Rede stehenden Diebstähle nur auf Antrag zu verfolgen war, konnte daher schon aus diesem Grunde mit ihrer aus den §§. 63 und 64 hergeleiteten Konsequenz für die Angekl. niemals eine rechtliche Bedeutung gewinnen, und zwar ganz unabhängig von der Schlußbestimmung des §. 247, welcher den §. 247 init. und natürlich zugleich die sich nur an seine Bestimmung anschließenden allgemeinen §§. 63 und 64 rücksichtlich der **Theilnehmer und Begünstiger** für unanwendbar erklärt, welche zu den Verletzten nicht in einem der im §. 247 init. bezeichneten Verhältnisse stehen.

Daß die Schlußbestimmung des §. 247 nur von Theilnehmern und Begünstigern spricht, läßt gerade deutlich erkennen, daß das Gesetz es als selbstverständlich und jedenfalls aus dem ganzen System seiner Bestimmungen sich ergebend betrachtete, daß rücksichtlich des Hehlers, welcher nicht auch Begünstiger ist, also des Hehlers im Sinne des §. 259, die erfolgte oder unterlassene Stellung beziehungsweise die Zurücknahme des Antrags gegen den Urheber der unter den §. 247 init. fallenden Diebstähle und Unterschlagungen niemals in Betracht kommen könne, da es sich hier um ein rücksichtlich des Thatbestandes von jenen Strafthaten völlig unabhängig charakterisirtes, mit dem Diebstahle und der Unterschlagung nicht einmal in einem accessorischen Verhältnisse stehendes Verbrechen oder Vergehen handelt. Entgegengesetzten Falles würde man annehmen müssen, daß das Gesetz dem Antrage gegen den Thäter eine rechtliche Bedeutung gegen den zu ihm in keiner Beziehung stehenden Hehler habe beigefügt wissen wollen, welche es gegenüber seinem Theilnehmer und Begünstiger ausdrücklich ausgeschlossen hat, eine Annahme, die unmöglich ist, weil sie widersinnig wäre." (Preuß. Ob.-Trib. 15. Februar 1872. G.A. 20. S. 191.)

Strafgesetzbuch §. 64.

Erneuerung des zurückgenommenen Antrags.

13. „Nach den §§. 61, 64, 177 steht den Berechtigten nur die Befugniß zu, binnen einer bestimmten Frist den bezüglichen Antrag zu erklären, resp. zurückzunehmen. Diese Vorschriften haben nur **einen** Antrag und **eine** Zurücknahme desselben vor Augen, nicht aber **verschiedene**, innerhalb der bewilligten Fristen zu verlautbarende. Das Recht zur Erhebung und Zurücknahme ist selbstredend erschöpft, sobald von dem einen oder dem anderen Gebrauch gemacht worden, und lebt nicht wieder auf. Hätte der Gesetzgeber dies letztere gestatten wollen, so würde er sich darüber ausdrücklich ausgesprochen haben. Es ist nicht geschehen, und muß daher der einfache Wortlaut der betreffenden Gesetzstellen um so mehr entscheiden, als nicht beabsichtigt worden sein kann, die Wirksamkeit der Gerichte von dem wechselnden Belieben der Betheiligten ohne Maß abhängig zu machen, was zu den bedenklichsten Konsequenzen führen würde." (Preuß. Ob.-Trib. 14. Apr. 1871. O.R. 12 S. 202. G.A. 19 S. 459; vgl. preuß. Ob.-Trib. 14. Juli 1871.

O.R. 12 S. 413 und k. sächs. Ob.-App.-G. 29. Sept. 1871 S.G. 15 S. 317).

Strafgesetzbuch §. 65.

Bestellung eines Kurators zum Strafantrage.

14. Die Angeklagte, wegen Mißhandlung ihrer Stiefsöhne angeklagt, wandte ein, daß der Strafantrag nicht von dem Vater der Kinder, dem Ehemann der Angeklagten, sondern von einem durch den Vormundschaftsrichter bestellten Spezialkurator gestellt sei, daher ein gesetzlicher Antrag nicht vorliege, daß ferner die Antragsfrist nicht gewahrt sei, da die Mißhandlungen in die Jahre 1867 bis 1871 fielen, der Antrag aber erst am 22. Juni 1871 gestellt sei. Die Beschwerde ist zurückgewiesen: „Die Angeklagte geht von der Ansicht aus, daß nur der Vater der verletzten Kinder, mit welchem die der Mißhandlung dieser Kinder beschuldigte Angeklagte in zweiter Ehe lebt, zur Stellung eines Strafantrages berechtigt sei, da nur er, nicht ein den Verhältnissen fernstehender Dritter beurtheilen könne, ob es besser sei, die verletzende Handlung vor Gericht und die Oeffentlichkeit zu bringen. Die Obervormundschaft aber könne, wenn der Vater seine Kinder nicht gehörig vertreten wolle, nicht einen Vertreter schaffen, welcher in Gemäßheit seines Mandats ganz an die Stelle des Vaters trete. Zudem statuire der §. 65 des Strafgesetzbuchs prinzipaliter nicht einen Schutz für den Verletzten, sondern ein Recht des Vertreters, welchem neben dem Verletzten die Befugniß zustehe, eine Bestrafung herbeizuführen. Zwar könne dem Vater in hier nicht vorliegenden Fällen durch Erkenntniß die väterliche Gewalt zur Strafe aberkannt werden; jedoch auch nur die ganze väterliche Gewalt, nicht ein Theil derselben. Vorliegend aber sei ohne Erkenntniß und ohne alle causae cognitio, ohne den Vater zu hören, ein Spezial-Kurator bloß zu dem Zwecke der Erhebung eines Strafantrages angeordnet worden.

Zwar bestimmt der §. 195 des Strafgesetzbuchs, daß, wenn unter väterlicher Gewalt stehende Kinder beleidigt worden sind, sowohl die Beleidigten als deren Väter das Recht haben, auf Bestrafung anzutragen, und der §. 232 enthält die nämliche Vorschrift für leichtere und fahrlässige Körperverletzungen. Aus dieser konkurrirenden, nach §. 65 des Strafgesetzbuchs von der eigenen Befugniß des Verletzten unabhängigen Ermächtigung folgt indessen keineswegs, daß die Kinder, zumal wenn sie noch nicht 18 Jahre alt und deshalb nach §. 65 des Strafgesetzbuchs zu einem selbstständigen Antrag auf Bestrafung nicht berechtigt sind, lediglich dem willkürlichen Belieben ihres Vaters hingegeben sein sollen. Denn alle diese erwähnten Bestimmungen über Berechtigung zum Antrage fallen in das Gebiet des Strafrechts, während die Frage, ob und wie weit für den Vater oder Vormund eine Verpflichtung zur Stellung eines solchen Antrags obliegt, dem Gebiete des Civilrechts — der Lehre von der väterlichen Gewalt und von der Vormundschaft — angehört, und darum im Strafgesetzbuch keine Stelle zu finden hat.

Bei denjenigen Personen, welche sich selbst zu schützen und zu vertreten nicht vermögen, hat aber deren Vertreter (Vater oder Vormund) nicht blos das Recht, sondern auch die Pflicht, die Rechte der Schutzbedürftigen gegen-

über Dritten zu wahren, insbesondere bei rechtswidrigen oder gar strafbaren Handlungen wider dieselben, mithin namentlich auch durch die Stellung der erforderlichen Anträge auf Bestrafung. Freilich hat der Vater (oder Vormund) zu erwägen, ob ein Strafantrag (z. B. in den Fällen der §§. 176 und 181 des Strafgesetzbuchs) dem Wohle des Kindes entsprechend oder nachtheilig, oder ob es (wie nach §§. 198, 199 des Strafgesetzbuchs) nicht räthlicher sei, von der Verfolgung abzusehen.

Wo jedoch der Vertreter dolos oder fahrlässig handelt, oder, wo er hätte handeln sollen, zu handeln unterläßt, ist für die betreffenen Minderjährigen, auch die Haussöhne, als Schutz die Obervormundschaft gegeben, deren Umfang und Wirkungskreis die zum Schutze der Schutzbedürftigen im römischen Rechte enthaltenen Vorschriften wesentlich übersteigt. In den Fällen, wo es zur Strafverfolgung eines Antrags bedarf, wäre ja sonst der Minderjährige, gegen die Absicht und den Zweck des Gesetzes, rechts- und hülflos.

Irrig ist ferner auch die Ansicht des Vertheidigers, daß die Anordnung eines Spezialkurators (curator ad hoc) nicht bei der Fortdauer der väterlichen Gewalt möglich, vielmehr von deren Aberkennung bedingt sei und diese nur in ihrer Totalität geschehen könne. Die Anordnung eines Spezialkurators tritt keineswegs bloß ein, wenn der Vater rechtlich (durch Geisteskrankheit oder Prodigalitätserklärung) oder faktisch (durch Abwesenheit) zu einer Disposition außer Stande, oder wenn zwischen ihm und dem Sohne ein Rechtsgeschäft abzuschließen ist. Dafür, daß ihr Kreis viel weiter ist, bedarf es nur der Hinweisung auf die, wenigstens mehrfach partikularrechtlich vorgeschriebene, obervormundschaftlich zu ertheilende Zustimmung zur Veräußerung von Adventitien, auf die Ergänzung des väterlichen Konsenses zur Heirath der Kinder, auf die Klage der Kinder wegen Alimentation, auf das Erziehungsrecht, jedoch auch die Erziehungspflicht der Eltern. Insbesondere aber können die Kinder gegen die etwa unter dem Vorwande und der Vorschützung des Züchtigungsrechts von den Eltern gegen sie verübten Mißhandlungen die Obrigkeit um Schutz anrufen.

In allen diesen Fällen kann und meistens muß sogar die Beiziehung eines Kurators für Minderjährige vorkommen. Dies tritt aber auch da ein, wo der Vater pflichtwidrig einen Antrag auf Bestrafung nicht stellt. Ob nun ein Fall, wo das Einschreiten der Obrigkeit zum Schutze und zur Wahrung der Rechte der unmündigen Hauskinder im Verhältnisse zu dem dolos oder fahrlässig verfahrenden Familienvater sich als geboten darstellt, ist Sache der Beurtheilung der zuständigen vormundschaftlichen Behörde, gegen deren Verfügung eine Beschwerde nur in dem für Vormundschaftssachen geltenden Instanzenzuge möglich ist, welche dagegen nicht von dem Strafgerichte einer Nachprüfung unterzogen werden kann. Glaubten darum die Angeklagte oder deren Ehemann gegen die Anordnung eines Spezial-Kurators oder das hierbei stattgehabte Verfahren Einwendungen zu haben, so hätten sie solche zeitig auf jenem Wege verfolgen müssen. Namentlich kann hier nicht untersucht werden, ob Grund zur Anordnung vorlag und ob eine genügende causae cognitio erfolgte. Uebrigens mag darauf hingewiesen werden, daß die strafgerichtliche Entscheidung für die Nothwendigkeit der Anordnung wohl sprechen dürfte.

Die erste Beschwerde erscheint sonach in allen ihren Richtungen grundlos.

So wenig wie diese Beschwerde, ist endlich die weitere Beschwerde als berechtigt anzuerkennen, wonach die meisten der strafbaren Handlungen als nicht mehr verfolgbar betrachtet werden, weil von der Zeit, wo der Vater der Verletzten Kenntniß gehabt habe, nicht aber von da, wo der Vertreter desselben — der Spezialkurator — Kenntniß erlangte, zu rechnen sei. Der §. 61 des Strafgesetzbuchs bestimmt indessen, daß die dreimonatliche Frist zur Stellung des Antrags mit dem Tage beginnt, seit welchem der zum Antrage Berechtigte — also hier der an der Stelle des Vaters handelnde Kurator — von der Handlung und der Person des Thäters Kenntniß gehabt hat.

Der Kurator wurde am 21. Juni v. J. bestellt und hat bereits am 22. Juni v. J. den Antrag auf Bestrafung eingebracht, also innerhalb der gesetzlichen Frist, die vor seiner Ernennung für ihn überhaupt nicht laufen konnte." (Preuß. Ob.-Trib. 14 Febr. 1872. J.M.Bl. S. 103. G.A. 20 S. 289; vgl. Ob.-Trib. 7. März 1872. G.A. 20 S. 188.)

Strafgesetzbuch §. 50.

Theilnahme eines Nichtbeamten an der strafbaren Handlung eines Beamten.

15. „Nach §. 48 des Str.G.B. ist die Strafe des Anstifters demselben Strafgesetze zu entnehmen, wie die des Angestifteten. Eine Modifikation tritt nur durch §. 50 ein.

Die im § 50 gemeinten besonderen Thatumstände sind nicht etwa nur die höchst persönlichen (rein individuellen) Umstände, wie Jugend, Rückfall, Verjährung, sondern alle mit der That verknüpften persönlichen Umstände, wie das Ascendenten-Verhältniß beim Todtschlag (§. 215) und das Verhältniß der Mutter bei vorsätzlicher Tödtung eines unehelichen Kindes (217); die §§. 80, 221 Absatz 2, 223 Absatz 2 beziehen sich auf eben solche Verhältnisse. Auch die Beamten-Eigenschaft, welche in den Strafvorschriften der §§. 331 ff. des Strafgesetzbuchs vorausgesetzt ist, gehört zu den im §. 50 erwähnten persönlichen Eigenschaften oder Verhältnissen.

Diesen besonderen Thatumständen wird aber im §. 50 nur insofern eine Einwirkung auf die Anwendung des Strafgesetzes beigelegt, als sie geeignet sind, die Strafbarkeit zu *erhöhen* oder zu *vermindern*. Wenn aber solche persönliche Eigenschaften oder Verhältnisse die Grundbedingung der Strafbarkeit überhaupt sind, wenn sie die Strafbarkeit erst hervorbringen, sie *begründen*, dann gelangt der §. 50 nicht zur Anwendung. Denn die in ihm ausgesprochene Abweichung von der in der Strafrechtswissenschaft anerkannten, aus dem Wesen der Anstiftung hervorgehenden Grundregel des §. 48 darf nicht über den Wortsinn hinaus zu weiteren Beschränkungen des Grundprinzips benutzt werden; sie gestattet namentlich nicht zu dem im angegriffenen Urtheil ausgesprochenen Satze zu gelangen, der Anstifter sei so zu bestrafen, als wenn er die konkrete, individuelle That selbst begangen hätte, zu der er angestiftet hat. Die Anstiftung zu Blutschande, Doppelehe und Ehebruch würde nach diesem Satze nur dann als solche strafbar sein, wenn — vorausgesetzt, daß der Anstifter dieselben individuellen Handlungen vor-

genommen hätte, wie der Angestiftete — ebenfalls Blutschande, Doppelehe, Ehebruch vorlägen; straflos wäre also derjenige Anstifter, der außerhalb derjenigen Familienverbindung steht, die im Einzelfalle durch jene Verbrechen verletzt ist.

Bei der richtigen Auslegung des §. 50 wird derselbe bei Beurtheilung der Strafbarkeit der Anstiftung zu Amtsdelikten durch einen Nichtbeamten theils Erheblichkeit haben, theils sie entbehren. Die in den §§. 331 ff. aufgeführten Amtsdelikte sind nämlich entweder solche, die ein Gemeindelikt enthalten, das durch die Beziehung desselben zu der amtlichen Stellung des Thäters in seiner Strafbarkeit erhöht wird, oder solche, in denen die Handlung ohne diese Beziehung gar keine Strafthat darstellt. Die Strafbarkeit wird in jenen Fällen durch die Verletzung der Amtspflicht erhöht, in diesen erst geschaffen. Zu jenen Amtsdelikten gehören diejenigen, welche in den §§. 339 Alinea 2 (§§. 106, 107, 253), 340 (223), 341 (239), 342 (123), 347 (120, 121), 348 Alinea 2 und 349 (133), 350 (246), 354 (299) unter Strafe gestellt sind; bei ihnen kommt §. 50 zur Geltung. Nicht so bei den anderen Amtsdelikten, namentlich nicht bei dem in der vorliegenden Sache gegen den Steueraufseher H. festgestellten Verbrechen der Urkundenfälschung im Amte (§§. 348, 349). Diese Strafthat enthält nicht ein Gemeindelikt; das in dem §. 252 des preußischen und §. 271 des deutschen Strafgesetzbuchs mit Strafe belegte Verbrechen ist die Handlung desjenigen, der durch Täuschung des Beamten dasselbe erreicht, was in dem Falle der §§. 348, 349 der Beamte vorsätzlich hervorbringt.

Das angefochtene Erkenntniß hat hiernach den §. 50 durch Anwendung desselben auf einen ihm fern liegenden Fall verletzt. Soweit es den Imploraten F. von der Theilnahme an der Urkundenfälschung im Amte freispricht, mußte es vernichtet werden." (Preuß. Ob.-Trib. 21. Februar 1872. OR. 13 S. 159. G.A. 20 S. 185).

Strafgesetzbuch §. 53.

Fragestellung in Betreff des vermeintlichen Zustandes der Nothwehr.

16. Der Angeklagte stand unter der Anklage der vorsätzlichen Mißhandlung, durch welche der Tod des Verletzten verursacht worden ist.

Der Vertheidiger beantragte bei Verhandlung der Sache vor dem Schwurgericht mehrere eventuelle Fragen, nämlich:

1) ob der Angeklagte sich bei der in der Hauptfrage enthaltenen Handlung im Zustande der Nothwehr befunden?
2) ob er bei seiner That nur in Bestürzung, Furcht oder Schrecken über die Grenzen der Vertheidigung hinausgegangen sei?

Diese Fragen, sowie eine fernere nach dem Vorhandensein von Milderungsgründen sind gestellt worden. Dagegen wurde eine weitere eventuelle Frage vom Schwurgerichtshofe zu stellen abgelehnt, welche dahin gehen sollte:

ob der Angeklagte bei Vornahme der in der Hauptfrage enthaltenen Handlung in der irrigen Meinung gewesen sei, er befinde sich in demjenigen Zustande der Vertheidigung, welcher erforderlich sei, um

einen gegenwärtigen, rechtswidrigen Angriff des Siebenborn von sich abzuwenden?

Auf die an die Geschworenen rücksichtlich der Hauptthat in folgender Fassung gerichtete Frage:

ist es erwiesen, daß der Angeklagte am 28. Oktober 1871 dahier dem Kutscher Johann Siebenborn vorsätzlich eine Körperverletzung zugefügt hat, und hat diese Körperverletzung den Tod des Siebenborn zur Folge gehabt?

antworteten die Geschworenen:

„ja, mit mehr als sieben Stimmen".

Dagegen verneinten sie mit gleicher Majorität die rücksichtlich der Nothwehr gestellten Fragen, nahmen aber Milderungsgründe zu Gunsten des Angeklagten an, welcher hierauf vom Schwurgerichtshofe auf Grund der §§. 223 und 226 des Strafgesetzbuchs zu einer Gefängnißstrafe von zwei Jahren, sowie zu den Kosten verurtheilt ist.

Die von ihm eingelegte Nichtigkeitsbeschwerde findet in der Ablehnung der beantragten weiteren Frage Seitens des Schwurgerichtshofs einen Verstoß gegen die positive Vorschrift des §. 319 der Strafprozeß-Ordnung.

Diese Beschwerde ist aus folgenden Gründen zurückgewiesen worden:

„Allerdings ist es zuzugeben, daß die irrige Meinung eines Angeklagten, er befinde sich im Falle des gesetzlichen Strafausschließungsgrundes der Nothwehr — eine Meinung, welche in völlig entschuldbarer Weise durch thatsächlichen Irrthum hervorgerufen werden kann, — ein Moment darstellt, dessen Berücksichtigung sich strafrechtlich nicht ohne Weiteres von der Hand weisen läßt.

Denn der innere Hergang ist bei Demjenigen, welcher im Falle der Abwehr eines wirklich stattfindenden rechtswidrigen Angriffs einen Menschen absichtlich verletzt oder tödtet, völlig derselbe, wie bei Demjenigen, welcher das Gleiche ohne einen wirklichen Angriff unter Umständen verübt, die ihn in den irrigen Glauben versetzt haben, daß er sich im Zustande der berechtigten Nothwehr befinde.

Es wird sich daher in dem letztgedachten Falle die Frage aufwerfen lassen:

ob der Thäter mit dem, auf einen, rücksichtlich seiner, rechtswidrigen Erfolg gerichteten, Vorsatze (dolus) gehandelt hat, oder ob es nicht bei ihm vielmehr an derjenigen Beschaffenheit des Willens gefehlt hat, welche das Gesetz voraussetzt, um ihn für den eingetretenen Erfolg, als einen von ihm gewollten, verantwortlich zu machen?

Der fragliche Irrthum kann also allerdings unter Umständen dazu führen, daß die Bestrafung einer übrigens vorsätzlich vollführten Körperverletzung oder Tödtung ausgeschlossen bleiben muß.

Die Bejahung der Frage, welche der Angeklagte beantragt hat, würde gleichwohl eine solche Strafausschließung noch nicht zur rechtlich nothwendigen Folge gehabt haben.

Denn außer der Feststellung der Meinung des Angeklagten über das Vorhandensein eines rechtswidrigen Angriffs und über die Nothwendigkeit der von ihm zur vermeintlichen Abwehr verübten Thätlichkeiten würde, wenn man den Angeklagten nicht günstiger stellen wollte, als in dem Falle eines

wirklichen Angriffs, noch erfordert werden müssen, daß der Richter der That nach der Würdigung des konkreten Falles die vom Angeklagten zum Zweck der Abwehr verübten Handlungen als hierzu erforderlich anerkenne.

Nur alsdann würde angenommen werden können, daß es dem Angeklagten an dem durch das Strafgesetz vorausgesetzten dolus gefehlt habe, wenn seine Wille auf eine Handlung gerichtet war, welche in dem Irrthume über das Vorhandensein eines gegenwärtigen rechtswidrigen Angriffs objektiv, nach den von dem Thatrichter abzuwägenden Umständen, ihre Rechtfertigung finden könnte; es sei denn, daß (arg. §. 53 des Strafgesetzbuchs) der Thäter die Grenze in Bestürzung, Furcht oder Schrecken überschritten hätte.

Jedenfalls stellt aber die von dem Angeklagten mit dem Antrage auf Stellung der in Rede stehenden Frage behauptete irrige Meinung, worauf es für die Entscheidung über die Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten allein ankommen kann, keine derjenigen Thatsachen dar, über welche nach der Vorschrift des §. 319 der Strafprozeß-Ordnung den Geschworenen eine Frage gestellt werden muß, sobald solches beantragt wird. Der §. 319 bestimmt solches nur rücksichtlich derjenigen Thatsachen, welche nach allgemeinen gesetzlichen Vorschriften das Vorhandensein einer strafbaren Handlung ausschließen. Bei dieser Fassung läßt sich der Paragraph, weil er auf gesetzliche Vorschriften, also auf solche Strafausschließungsgründe hinweist, welche in einer Vorschrift des positiven Gesetzes ihre formelle Anerkennung gefunden haben, nur auf solche Thatsachen beziehen, welche das Strafgesetzbuch in seinen allgemeinen, limitativ aufzufassenden Bestimmungen als Strafausschließungsgründe aufführt, deren Feststellung mithin die Freisprechung eines Angeklagten zur gesetzlichen Folge hat. Zu diesen Thatsachen gehört der in Frage stehende Irrthum des Angeklagten nicht. Der Gerichtshof war daher auch nicht verpflichtet, seinem Antrage auf Stellung der betreffenden Frage zu entsprechen.

Der angebliche Irrthum des Angeklagten als ein Moment, welches bei der Beurtheilung in Betracht kommen konnte, ob derselbe bei der von ihm verübten Tödtung mit rechtswidrigem Vorsatze (dolus) gehandelt habe, war vielmehr bei der Beantwortung der Hauptfrage in Erwägung zu ziehen, da der dolus eine stillschweigende Voraussetzung des Strafgesetzes bildet, welche durch die Feststellung der Merkmale der That mit festgestellt wird, während das Nichtvorhandensein derselben die Feststellung der vom Gesetze mit Strafe bedrohten Handlung ausschließt.

Dagegen, daß die fragliche irrige Meinung eines Angeklagten, soweit sie ein für die Beurtheilung seiner That erhebliches Moment bildet, bei der Beantwortung der Hauptfrage in Betracht kommen müsse und durch dieselbe ihre Erledigung finde, läßt sich auch nicht einwenden, daß die betreffende Behauptung des Angeklagten im vorliegenden Falle durch die Bejahung der Hauptfrage deshalb nicht erledigt sein könne, weil die Hauptfrage nach der Bestimmung des §. 319 cit. Absatz 2 in fine nicht die Frage nach dem „Schuldig" des Angeklagten enthalte, sondern nur dahin laute:

> ist es erwiesen, daß der Angeklagte am 28. Oktober 1871 dem Kutscher Johann Siebenborn vorsätzlich eine Körperverletzung zugefügt hat, und hat diese Körperverletzung den Tod des Verletzten zur Folge gehabt?

Der §. 319 hat in den Schlußworten des zweiten Absatzes den scheinbaren Widerspruch beseitigen wollen, welcher im Geltungsgebiete des Art. 81 des Gesetzes vom 3. Mai 1852 darin gefunden worden war, daß gegen einen Angeklagten ein Schuldig zur Hauptfrage erfolge, während derselbe doch in Folge der Bejahung einer weiteren Frage nach der Voraussetzung der Nothwehr straflos bleiben müsse.

Der §. 319 sagt nun zwar im Eingange:

daß der Ausspruch des Schuldig durch die Geschworenen die Bejahung des Umstandes enthalten solle, daß dem Angeklagten die That zuzurechnen sei.

Allein wenn nach der ausdrücklichen Bestimmung am Schlusse des zweiten Absatzes des Paragraphen der Ausdruck „Schuldig“ in der Hauptfrage vermieden werden soll, falls eine weitere Frage nach einem gesetzlichen Strafausschließungsgrunde gestellt wird, so ergiebt sich hieraus, daß nach der Absicht des Gesetzgebers durch diese, für einen speziellen Fall vorgeschriebene, Fassung der Hauptfrage nur in Beziehung auf die in der Eventualfrage artikulirte Thatsache die Entscheidung über die Zurechnung offengehalten werden, in jeder anderen Richtung aber die Schuld des Angeklagten durch die Beantwortung der Hauptfrage in gleicher Weise festgestellt werden sollte, als wenn dieselbe in der gewöhnlichen Form mit den Worten „ist der Angeklagte schuldig“ begonnen hätte.

Es kann daher auch hier, wo die Hauptfrage von den Geschworenen bejaht, die Frage nach der Nothwehr aber verneint worden, kein begründetes Bedenken obwalten, daß mit der erschöpfenden Feststellung der Merkmale des dem Angeklagten zur Last gelegten Verbrechens durch die Antwort der Geschworenen auf die Hauptfrage, auch dessen rechtswidriger Vorsatz für festgestellt erachtet werden müsse, da die Hauptfrage den ganzen Thatbestand des Verbrechens umfaßte, soweit nicht seine Beurtheilung unter einen gewissen Gesichtspunkt durch die weitere Frage nach der Nothwehr besonderer Prüfung vorbehalten worden war.

Wenn hiernach der Angeklagte ein gesetzliches Recht nicht hatte, die Stellung der beantragten Frage zu verlangen, so muß seine Nichtigkeitsbeschwerde zurückgewiesen werden.“ (Preuß. Ober-Trib. 29. Jan. 1872. G.A. 20 S. 83. O.R. 13 S. 95.)

Strafgesetzbuch §. 61.

Erforderniß des Antrags bei ideeller Konkurrenz eines Nicht-Antragsdelikts.

17. Das Erkenntniß des königlichen Schwurgerichts zu Naugard vom 18. Oktober 1871 erachtete zwar die Angeklagten H. Bunde, A. Ganger und K. Sauer, den Ersteren auf Grund des Ausspruches der Geschworenen, der Nothzucht und öffentlichen Erregung eines Aergernisses, die beiden Letztgenannten der gewaltsamen Nöthigung einer Frauensperson zur Duldung des außerehelichen Beischlafs in einem Falle, und der öffentlichen Erregung eines Aergernisses in zwei Fällen, für schuldig, bestrafte aber alle drei nur wegen Erregung eines öffentlichen Aergernisses und erklärte, daß dieselben wegen der Nothzucht, beziehungsweise der gewaltsamen Nöthigung „mit Strafe zu ver-

schonen". Es wurde ausgeführt, daß wegen der letztgedachten Verbrechen ein früherer Strafantrag der Beschädigten rechtzeitig von derselben zurückgenommen worden, und deshalb die Angeklagten, obschon ihre Schuld festgestellt sei, mit Strafe verschont bleiben müßten.

Die Nichtigkeits-Beschwerde ist zurückgewiesen worden.

„Es ist zwar nicht zu bezweifeln, daß in Fällen der vorliegenden Art, die Einheit der bezüglichen Handlung vorausgesetzt, an und für sich eine ideelle Konkurrenz im Sinne des §. 73 des deutschen Strafgesetzbuchs, nach den in Rede stehenden Richtungen hin, vorhanden sein würde. Es ist auch anzuerkennen, daß die §§. 61 ff. a. a. O. zunächst eine prozessualische Bedeutung haben. Allein alles dies schließt nicht aus, daß die letztgedachten gesetzlichen Vorschriften zugleich eine materielle Wirkung auf die Anwendbarkeit der speziell für die in Rede stehende Handlung in Betracht kommenden verschiedenen Strafgesetze selbst ausüben.

Denn der §. 61 a. a. O. bestimmt ausdrücklich:

„Eine Handlung, deren Verfolgung nur auf Antrag eintritt, ist nicht zu verfolgen, wenn der zum Antrage Berechtigte es unterläßt, den Antrag . . . . . . zu stellen ꝛc."

Hiernach ist die Zulässigkeit einer strafrechtlichen Verfolgung des Thäters von dem Willen des zu dem erforderlichen Antrage Berechtigten abhängig gemacht. Ohne seine entsprechende Erklärung kann eine Anklage nicht erhoben, und eine Untersuchung nicht eröffnet werden. Der erkennende Richter wird daher mit der Sache, soweit sie ein sogenanntes Antragsdelikt betrifft, von vorn herein gar nicht befaßt, er darf deshalb auch nach dieser Richtung hin auf eine Strafe nicht erkennen. Die diesfällige Wirkung ist somit in allen Fällen, selbst dann, wenn unter den obwaltenden Umständen die zur Sprache gebrachte Handlung zugleich gegen ein Strafgesetz verstößt, zu dessen Anwendung kein Antrag erforderlich ist, materieller Natur, und schließt den sonst aus den Artikeln 30 und 86 des Gesetzes vom 3. Mai 1852 sich ergebenden Grundsatz, daß der erkennende Richter mit der ihm vorliegenden Strafthat nach allen Richtungen hin, welche dieselbe darbietet, befaßt ist, von selbst aus, weil eben von Anfang an eine Verfolgung hinsichts des Antragsdeliktes gesetzlich nicht statthaft ist. In Gemäßheit dessen kann in solchen Fällen von einer Heranziehung des §. 73 des deutschen Strafgesetzbuchs, welcher von der ideellen Konkurrenz handelt, nicht die Rede sein, und fällt daher dem angefochtenen Erkenntnisse, welches in diesem Sinne entschieden hat, ein Rechtsirrthum nicht zur Last." (Preuß. Ob.-Trib. 22. Jan. 1872. J.M.Bl. S. 75. G.A. 20 S. 87. O.R. 13 S. 56.) Vergl. die hiermit übereinstimmende Ausführung des kgl. sächs. Ob.-App.-Ger. vom 3. April 1871. S.G. 15 S. 147.

Wer ist zum Antrage berechtigt?

18. „Unter dem, in dem §. 61 des deutschen Strafgesetzbuchs gedachten „zum Antrage auf Strafverfolgung Berechtigten" kann lediglich der durch die betreffende Handlung direkt Verletzte verstanden werden,

wie sich aus dem ganzen Zusammenhange der bezüglichen Vorschriften ergiebt, namentlich aber aus den §§. 65, 196 l. c., in welchen der leitende Grundsatz deutlich ausgedrückt ist. Ueberall, wo eine Ausnahme hiervon stattfinden soll, ist dies speziell angegeben, wie in dem zweiten und dritten Absatze des §. 65 l. c. und in den §§. 182, 195, 196, 232 l. c. geschehen. Man kann hierbei in Fällen der vorliegenden Art auch nicht auf die §§. 188 ff. II. 1 des Allgemeinen Landrechts zurückgehen, weil diese nur von den gegenseitigen Rechten und Pflichten der Eheleute unter einander sprechen, auf die Bestimmungen des deutschen Strafgesetzbuchs aber nicht zu beziehen sind. Der hier in Betracht kommende §. 176 l. c. legt dem Ehemanne keine Befugniß bei, wider den Willen seiner Ehefrau oder in Vertretung derselben einen Strafantrag zu stellen." (Preuß. Ob.-Trib. 24. Januar 1872. G.A. 20 S. 86. O.R. 13 S. 70.)

Strafgesetzbuch §. 67.

Ueber den Beginn der Verjährung fortdauernder Verbrechen vergl. zu §. 123.

Strafgesetzbuch §. 68.

Unterbrechung der Verjährung durch Zurückweisung der Anklage.

19. „Wenn der §. 68 des deutschen Strafgesetzbuchs bestimmt, daß jede Handlung des Richters, welche wegen der begangenen That gegen den Thäter gerichtet ist, die Verjährung unterbricht, so hat durch diese Vorschrift zum Ausdruck gebracht werden sollen, daß die richterliche Handlung sich nicht blos auf die Strafthat, insbesondere auf die Feststellung des objektiven Thatbestandes, sondern auf eine bestimmte Person als Urheber oder Theilnehmer beziehen muß.

Im vorliegenden Falle war von dem Polizei-Anwalt gegen den Imploranten die Beschuldigung wegen Uebertretung der Feldpolizei-Ordnung erhoben, und der Antrag auf Bestrafung in dem durch Artikel 120 ff. des Gesetzes vom 3. Mai 1852 angeordneten Verfahren gestellt worden. Wenn nun in der auf diesen Antrag erlassenen Verfügung vom 12. September 1871 die Eröffnung der Untersuchung in diesem Verfahren, von dem Polizeirichter als unzulässig zurückgewiesen wurde, weil nach §§. 57 und 68 der Feldpolizei-Ordnung die Verfolgung und Bestrafung derartiger Uebertretungen zur Zuständigkeit der Ortspolizeibehörden gehöre, so stellt sich diese Verfügung als eine wegen der in Rede stehenden Strafthat gegen den Imploranten gerichtete Handlung des Richters dar, da sie die in dem Verfahren gegen den Imploranten zu erledigende Frage betraf, ob die Untersuchung und Entscheidung der ihm zur Last gelegten Strafthat dem Polizeirichter zustehe oder nicht, und da hierin durch den Umstand, daß der Polizeirichter seine Kompetenz verneinte, rechtlich nichts geändert wird. Diese Verfügung war daher im Sinne des §. 68 des deutschen Strafgesetzbuchs geeignet, den Lauf der Verjährung zu unterbrechen." (Preuß. Ob.-Trib. 21. März 1872. O.R. 13. S. 220. G.A. 20 S. 194.)

Strafgesetzbuch §. 70.

Verjährung der Strafvollstreckung in den vor Einführung des deutschen Strafgesetzbuchs abgeurteilten Fällen.

20. Die Angeklagten, im Jahre 1855 in Preußen zu Geldstrafen rechtskräftig verurtheilt, sind entflohen und werden steckbrieflich verfolgt. Ihr Antrag, die Steckbriefe zurückzunehmen, da die Strafvollstreckung verjährt sei, ist von den Instanzrichtern und schließlich von dem Ober-Tribunal zurückgewiesen, „in Erwägung, daß das am 9. Mai 1855 rechtskräftig festgestellte Recht des Staats, gegen jeden der beiden Angeklagten eine Geldstrafe von 22,145 Thlr. 14 Sgr. zu vollstrecken, bis zum 1. Januar 1871 einer Verjährung nicht unterlag (§. 49 des preuß. Strafgesetzbuchs), die an diesem Tage zur Geltung gekommene Bestimmung des §. 70 Nr. 4 des deutschen Strafgesetzbuchs zwar auch die vorher erkannten Strafen erfaßt, die Verjährungsfrist aber im vorliegenden Falle nicht vor dem 1. Januar 1871 ihren Anfang genommen hat; in Erwägung nämlich, daß der §. 14 Einleitung zum Allg. Landrecht, welcher bestimmt:

> Neue Gesetze können auf schon vorhin vorgefallene Handlungen und Begebenheiten nicht angewendet werden,

auch für das Strafrecht gilt, indem die im §. 2 des deutschen Strafgesetzbuchs enthaltene Ausnahme sich nur auf den Fall der Aburtheilung bezieht und eine weitere Ausdehnung nicht gestattet, zumal bei Zulassung der letzteren im vorliegenden Falle, in welchem zwischem dem Tage der Rechtskraft des Urtheils und dem 1. Januar 1871 ein die Verjährungsfrist übersteigender Zeitraum abgelaufen ist, der Vollstreckungsbehörde die durch §. 72 gewährte Möglichkeit der Unterbrechung entzogen wird; in Erwägung, daß hiernach die Vollstreckung der gegen die beiden Angeklagten erkannten Strafen zur Zeit statthaft ist." (Preuß. Ob.-Trib. 21. Febr. 1872. J.M.Bl. S. 95. O.R. 13 S. 171. G.A. 20 S. 193.)

Strafgesetzbuch §. 74.

Festsetzung der verwirkten Einzelstrafen.

21. „Der Angeklagte ist wegen zweier strafbaren Handlungen in realer Konkurrenz zu bestrafen. Für die Abmessung der Strafe in derartigen Fällen hat die Doktrin drei verschiedene Prinzipien aufgestellt. Das eine, das sogenannte Kumulationsprinzip, verlangte die Zusammenrechnung der durch die mehreren Strafthaten verwirkten Strafen, das andere, das sogenannte Absorptionsprinzip, will die konkurrirende Strafe für die geringere strafbare Handlung in Wegfall bringen und sich mit der für die schwerere begnügen. Zwischen beiden steht ein drittes, vermittelndes Prinzip, nach welchem die Strafe der schwersten That geschärft, oder auch die verschiedenen Strafen zusammengerechnet, demnächst aber gemildert werden sollen.

Der §. 56 des preußischen Strafgesetzbuchs hatte, mit den Modifikationen des Absatzes 2 desselben und des §. 57, das Kumulationsprinzip angenommen, welches jedoch von dem jetzt geltenden deutschen Strafgesetzbuche verlassen ist.

Durch §. 74 desselben ist offenbar das oben bezeichnete mittlere Prinzip

in seiner ersten Alternative, mit den in dem Absatz 2 und 3 enthaltenen Maßgaben, zur Geltung gebracht. Die verwirkte schwerste Strafe soll erhöht werden, jedoch niemals das Maß der verwirkten Einzelstrafen zusammen erreichen, wobei außerdem die Bestimmung des dritten Absatzes des §. 74 l. c. zu beachten ist. Die Richtigkeit dieser Auslegung bestätigen die amtlichen Motive des deutschen Strafgesetzbuchs.

Nachdem dieselben die oben erwähnten Doktrinen aufgeführt, heißt es unter Anderem:

„Der Entwurf ist in Uebereinstimmung mit mehreren deutschen Gesetzbüchern davon ausgegangen, daß diejenige Strafe zu Grunde zu legen sei, welche durch das schwerste der zusammentreffenden Verbrechen und Vergehen verwirkt worden, und diese sodann mit Rücksicht auf die übrigen Verbrechen und Vergehen und deren Schwere angemessen zu erhöhen . . .

Die Erhöhung der zu Grunde gelegten Strafe (Einsatzstrafe) war im Allgemeinen dem richterlichen Ermessen anheimzugeben, welches hierbei die Zahl und die Schwere der übrigen Verbrechen und Vergehen in Berücksichtigung zu ziehen haben wird, dieses Ermessen findet jedoch darin seine Beschränkung, daß es nicht zu einer, die Tendenz dieser Erhöhung verneinenden Ausschreitung führen darf. Eine solche würde aber allerdings vorliegen, wenn die Erhöhung das Gesammtmaß der verwirkten Einzelstrafen erreichte und dadurch die Kumulation derselben, welche vermieden werden soll, wieder einführte. Es war daher zu bestimmen, daß dieses Gesammtmaß nicht erreicht werden darf . . .“

Aus alledem ergiebt sich ferner, daß, um den höheren Richter in die Lage zu versetzen, ersehen zu können, ob diesen gesetzlichen Bestimmungen Genüge geschehen, der vorige Richter sich nicht begnügen darf, sofort eine Gesammtstrafe festzusetzen, sondern daß er zunächst die Einzelstrafen bestimmen, und unter Zugrundelegung der sogenannten Einsatzstrafe, die nach Maßgabe der übrigen gesetzlichen Vorschriften zu erhöhende Gesammtstrafe finden muß, deren Summe jedoch den Gesammtbetrag der Einzelstrafen niemals erreichen darf.

Gegen den letzteren Grundsatz hat nun das angefochtene Erkenntniß gefehlt. Es hat die schwere Körperverletzung als mit 3 Jahr 6 Monat Zuchthaus zu bestrafen arbitrirt, und für den Widerstand eine 9monatliche Gefängniß-, beziehungsweise 6monatliche Zuchthausstrafe für angemessen erachtet, und sodann beide Strafen zusammengerechnet dem Angeklagten zuerkannt, anstatt die Strafe für die Körperverletzung als Einsatzstrafe zu betrachten und diese nur dergestalt zu erhöhen, daß die Gesammtsumme der Strafen für beide Thaten nicht erreicht wurde.“ (Preuß. Ob.-Trib. 27. März 1872. O.R. 13 S. 225. G.A. 20 S. 194; vergl. dagegen 25. Jan. 1872. O.R. 13 S. 87.)

Strafgesetzbuch §. 113.

Rechtmäßige Ausübung. Objektive Prüfung.

22. „Am 31. Januar 1871 standen die Grenzaufseher P. und S. im dienstlichen Auftrage und im Dienstanzuge auf Observation in dem Dorfe

B. Hierbei entdeckten sie Schlingen zum Einfangen von Rebhühnern. P. hielt den Sohn des Angeklagten an, als derselbe sich mit Brettern, an welchen die Schlingen befestigt waren, entfernen wollte, und wurde nun von der Angeklagten angegriffen, die ihm mit dem schweren und mit Eis bedeckten Holzschuh einen Schlag in das Gesicht versetzte.

Das Kreisgericht zu M. bestrafte die Angeklagte wegen vorsätzlicher Körperverletzung aus den §§. 223, 232, sprach sie dagegen frei von der Anklage eines Widerstandes gegen die Staatsgewalt. Nach der Feststellung befand sich der Grenzaufseher P. in dienstlicher Funktion, als er von der Angeklagten thätlich angegriffen wurde, indem sie ihn mit dem Pantoffel schlug; es wurde jedoch angenommen, daß, da P. den Sohn der Angeklagten bei Verfolgung einer Jagdpolizei-Kontravention angehalten habe, diese Verfolgung aber zu den dienstlichen Obliegenheiten der Zoll- und Steuerbeamten nicht gehöre, auch durch Instruktionen ihrer Vorgesetzten diesen Obliegenheiten nicht hinzutreten könnte, P. nicht in der rechtmäßigen Ausübung seines Amtes sich befunden habe.

Der Staatsanwalt appellirte und trat Beweis dafür an, daß mit Genehmigung der Ministerien des Innern und der Finanzen im Anschluß an die Dienst-Instruktion für Grenzaufseher diesen Beamten dienstlich die Weisung ertheilt sei, auf Jagdfrevel zu vigiliren, sie festzustellen und anzuzeigen.

Das Appellationsgericht zu I. bestätigte das erste Erkenntniß. Es geht davon aus, daß, selbst wenn P. — in Folge von erhaltenen Instruktionen — bei der Verfolgung des Jagdfrevels in der rechtmäßigen Ausübung seines Amtes sich befunden hätte, jeder Anhalt dafür fehle, daß die Angeklagte die Uebertragung der jagdpolizeilichen Funktionen an P. gekannt habe, sich also der rechtmäßigen Ausübung seines Amtes durch den P. bewußt gewesen sei.

Die Nichtigkeitsbeschwerde des Ober-Staatsanwalts wirft dem Appellationsurtheil Verletzung des §. 132 des Vereinszollgesetzes vom 1. Juli 1869 und des §. 85 Allgemeinen Landrechts Th. II. Tit. 10 vor.

Das angegriffene Urtheil ruht auf Verletzung des Gesetzes.

Nach der Feststellung der Thatrichter befand sich der Grenzaufseher P. in Ausübung seines Dienstes, als er von der Angeklagten angegriffen wurde; in der Ausübung dieses Dienstes verfolgte und erfaßte er den Sohn der Angeklagten, nahm er also diejenige Handlung vor, gegen welche der Angriff gerichtet war. Hätte ihm die Befugniß gefehlt, den Sohn der Angeklagten anzuhalten, so verlor seine Handlung nicht den Charakter eines Ausflusses der Ausübung seines Dienstes, er blieb auch während dieser Handlung in der Ausübung seines Amtes; die begangene Ungesetzlichkeit würde ihn nur dem Verletzten, den Vorgesetzten und dem Strafrichter gegenüber (§§. 339—342 des Strafgesetzbuchs) verantwortlich gemacht haben. Freilich war der thätliche Angriff, welchen die Angeklagte gegen den in Ausübung seines Amtes befindlichen Grenzaufseher P. unternommen hat, als solcher nur dann strafbar, wenn diejenige Ausübung des Amtes, gegen welche der Angriff, der Widerstand gerichtet war, als eine „rechtmäßige" anerkannt werden muß (§. 113 a. a. O.). Diese Eigenschaft muß aber objektiv festgestellt werden. Der Glaube des Beamten an die Rechtmäßigkeit seiner Amtshandlung ent-

behrt in dem gleichen Grade der Bedeutung, wie der Glaube des Angreifenden an den Mangel dieser Rechtmäßigkeit. Nirgend ist der Angriff wider einen Beamten, der sich in der Ausübung seines Amtes befindet, vom Gesetze gestattet, er wird nur für straflos erklärt, wenn diese Ausübung nicht eine rechtmäßige ist. Zum Thatbestande des im §. 113 mit Strafe bedrohten Vergehens gehört nicht das Bewußtsein des Angreifenden, daß der Beamte rechtmäßig handle; es genügt, daß der Thäter des Angriffs gegen einen in Dienstausübung befindlichen Beamten sich bewußt ist. Nach §. 85 des Allgemeinen Landrechts II, 10 werden die Rechte und Pflichten der Civilbeamten in Beziehung auf das ihnen anvertraute Amt durch die darüber ergangenen besonderen Gesetze und durch ihre Amtsinstruktionen bestimmt. Ging des Grenzaufsehers Amtsinstruktion dahin, auf Jagdpolizei-Kontraventionen zu vigiliren, so handelte er in der rechtmäßigen Ausübung seines Amtes, als er gegen den Sohn der Angeklagten einschritt. Sein Einschreiten wird durch den §. 113 unbedingt geschützt; die Anwendung dieser Strafvorschrift hängt nicht davon ab, daß die angreifende Angeklagte diese Amtsinstruktionen gekannt, daß sie auch dieselben auf den vorliegenden Fall für zutreffend erachtet hat." (Preuß. Ob.-Trib. 28. Febr. 1872. O.R. 13 S. 180. G.A. 20 S. 198; vgl. dagegen Ob.-Trib. 8. Nov. 1871. O.R. 12. S. 569).

Forstbeamte. Pfändung des Gewehrs.

23. „Die Strafbarkeit des Angeklagten hängt davon ab, ob die von Sch. versuchte Pfändung innerhalb der rechtmäßigen Ausübung des Amtes des Sch. lag. Allerdings fehlt eine gesetzliche Vorschrift, daß den Forst- und Jagdbeamten, insbesondere den Forstaufsehern ein Pfändungsrecht ganz im Allgemeinen zusteht; der §. 22 des Gesetzes vom 2. Juni 1852 verleiht den Forstbeamten ein Recht zur Beschlagnahme und Pfändung nur gegen den Holzdieb; es ist auch nicht von dem Thatrichter festgestellt, daß in Folge der Regierungsverfügung vom 5. April 1850 den Forstbeamten eine besondere Anweisung in Betreff der Vornahme einer Pfändung durch die Landräthe oder Lokalbehörden ertheilt worden sei. Es rechtfertigt aber die Annahme des Satzes, daß die von dem Sch. versuchte Pfändung der Flinte des Angeklagten innerhalb der rechtmäßigen Ausübung des Amtes des Sch. sich bewegte, der erste Richter dadurch, daß er ausspricht, die Aneignung des Jagdgewehrs sei das einzige Mittel für Sch. gewesen, sich des Beweises der vom Angeklagten verübten Jagdpolizeikontravention zu sichern, der 2. Richter dadurch, daß es den Angeklagten nicht zu entschuldigen vermöge und dem Sch. nicht zum Vorwurfe gereiche, wenn derselbe den Beweis nur durch eine Pfändung sich sichern zu können annahm. In dieser Begründung der Feststellung der rechtmäßigen Ausübung des Amtes des Sch. läßt sich ein Rechtsirrthum nicht erkennen; denn es fällt wesentlich in den Kreis der thatsächlichen Beurtheilung, ob der ganz unbeschränkt zur Ueberwachung der Jagdkontraventionen berufene Sch. innerhalb der Grenzen seines Amtes blieb, wenn er in dem vorliegenden Einzelfalle in polizeilicher Verfolgung der Contravention, deren der Angeklagte verdächtig oder überführt erschien, zur Wegnahme des Gewehrs behufs dessen Pfändung schritt." (Preuß. Ob.-Trib. 17. Jan. 1872. O.R. 13 S. 47.)

Strafgesetzbuch §. 123.

Ist unbefugtes Verweilen ein fortdauerndes Vergehen? Verjährung.

24. Der Angeklagte war Besitzer eines Bauergutes im Dorfe Thomsdorf gewesen, dieses Gut aber während seiner Besitzzeit zur nothwendigen Subhastation gestellt und einem gewissen W. zugeschlagen, von diesem aber bald darauf an den Bauergutsbesitzer H. in U.. einen Schwager des Angeklagten, verkauft worden. Da H. das gekaufte Gut nicht selbst bezog, so gestattete er dem Angeklagten die bisher innegehabten Wohnräume, jedoch, wie man nach den ergangenen Entscheidungen annehmen muß, lediglich precario noch eine Zeit lang zu benutzen. Mißhelligkeiten, die unter den Schwägern über die Ausdehnung dieses Wohnungsrechtes ausgebrochen waren, führten endlich dahin, daß H. gegen den Angeklagten eine Exmissionsklage anstellte und nach Erlangung eines obsieglichen Urtheils die Exmission desselben im Wege der Exekution beantragte. Der Exekutor vollstreckte dieselbe, indem er den Angeklagten mit seinen Sachen aus der bis dahin innegehabten Wohnung heraussetzte. Kaum aber hatte sich der Gerichtsbeamte entfernt, als der Angeklagte mit seinen Sachen wieder hineinzog und nach einer zweiten Exmission dasselbe Verfahren wiederholte, ohne, wie es scheint, von den Dienstleuten des H., welche früher muthmaßlich die seinigen gewesen waren, ernstlichen Widerstand erfahren zu haben. Der zweite Vorfall hatte sich am 8. Dezember 1870, also zu einer Zeit ereignet, wo noch §. 346 des preußischen Strafgesetzbuchs in Kraft war, der bei Verletzungen des Hausrechts (Hausfriedensbruch) einen Strafantrag nicht erforderte, insofern er jedoch diese Verletzung nur als Uebertretung strafte, milder war, als der §. 123 des deutschen Strafgesetzbuchs, der den jetzt nur auf Antrag zu verfolgenden Hausfriedensbruch als Vergehen bestraft wissen will. — Wie man nach den ergangenen Entscheidungen annehmen muß, hatte der neue Eigenthümer H. zur Entfernung des Angeklagten seit dem 8. Dezember 1870 weitere Schritte nicht gethan. Erst am 20. Mai 1871, also zu einer Zeit, wo schon das deutsche Strafgesetzbuch Gesetzeskraft erlangt hatte, denunzirte H. dieses Vorfalles wegen den Angeklagten des Hausfriedensbruches und wurde der Angeklagte auch in beiden Instanzen dieses Vergehens wegen nach der milderen Vorschrift des preußischen Strafgesetzbuchs zur Strafe verurtheilt. In beiden Instanzen hatte er geltend gemacht, daß der Strafantrag des angeblich Verletzten verspätet sei, weil selbst, wenn man den Beginn der Rügefrist erst vom 1. Januar 1871, als dem Tage der Einführung des deutschen Strafgesetzbuchs, berechne, bis zum 20. Mai 1871 mehr als drei Monate verflossen seien. Beide Richter hatten diesen Einwand verworfen; der erste: „weil sich der Angeklagte noch jetzt (nämlich am 18. Juli 1871, dem Tage des Audienztermins erster Instanz) im Besitze der widerrechtlich in Besitz genommenen Wohnung befinde"; der zweite: „weil, wenn der Angeklagte nach seinem im Dezember 1870 erfolgten Eindringen in die fragliche Wohnung sich noch länger und jedenfalls bis zum 20. Mai 1871, dem Tage des Strafantrages, in derselben befunden, hierin nicht ein Verweilen, sondern ein kontinuirliches, täglich wiederholtes Eindringen gefunden werden müsse".

Auf die Nichtigkeitsbeschwerde des Angekl. ist durch Urtheil des Ober-Tribunals das Appellationserkenntniß vernichtet. Es heißt in den Gründen: „Die Argumentation (des Appellationsrichters) beruht, abgesehen davon, daß die Fiktion eines wiederholten Eindringens den sonstigen, für erwiesen erachteten Thatsachen widerspricht, an einer unzulässigen Vermischung der Rechtsbegriffe eines „kontinuirlichen", d.h. fortdauernden (delictum continuum) und eines wiederholten Vergehens (delictum repetitum). Denn ein fortdauerndes Verbrechen oder Vergehen ist ein solches, welches zwar mit einer einmaligen Handlung vollendet ist, nach deren Vollendung aber der Thäter noch eine Zeit lang, um den Zweck der That zu erreichen, in seinem rechtswidrigen Thun verharrt, so daß der Anfangspunkt der Verjährung hier nicht vom Tage der vollendeten That, sondern erst vom Tage der Beendigung des geschaffenen rechtswidrigen Zustandes berechnet werden kann, wogegen das wiederholte Verbrechen oder Vergehen einfach in der mehrmaligen Begehung einer und derselben strafbaren Handlung besteht. Beide Verbrechens- oder Vergehensformen liegen hier nicht vor. Als fortdauerndes Vergehen, ähnlich den hierher gerechneten Verbrechen bezw. Vergehen der widerrechtlichen Einsperrung, der Entführung, des Menschenraubes, der Unterdrückung des Personenstandes rc. kann insbesondere der Hausfriedensbruch in dem hier anzunehmenden Falle, daß der in eine fremde Wohnung widerrechtlich Eingedrungene noch eine Zeit lang unangefochten in derselben verbleibt, schon deshalb nicht angesehen werden, weil der §. 123 des deutschen, übereinstimmend mit §. 346 Nr. 1 des preußischen Strafgesetzbuchs, die Strafbarkeit dessen,

„der ohne Befugniß (in einer fremden Wohnung) verweilt",

ohne Unterschied, ob er berechtigter, oder unberechtigter Weise in dieselbe hineingekommen ist, davon abhängig macht, daß er eine Aufforderung des Berechtigten, sich zu entfernen, erhalten hat, von einer solchen dem Angeklagten seit seinem widerrechtlichen Eindringen im Dezember 1870 zugekommenen Aufforderung aber von den Instanz-Richtern nichts festgestellt ist." (Preuß. Ob.-Trib. 1. März 1872. O.R. 13 S. 190. G.A. 20 S. 178; vgl. die Abh. von v. Tippelskirch im A. 20 S. 171 ff.)

Strafgesetzbuch §. 131.

Entstellung des Motivs der Handlung einer Behörde.

25. „Ist es auch ganz richtig, daß §. 131 des Bundesstrafgesetzbuchs das auf das Verächtlichmachen von Staatseinrichtungen u. s. w. berechnete Erdichten oder Entstellen von Thatsachen erfordert, so liegt doch dieses Requisit keineswegs lediglich dann, wenn die inkriminirte Behauptung in allen ihren einzelnen Theilen unwahr und erfunden ist, sondern auch dann vor, sobald der Angeschuldigte zwar über einen von einem Organe des Staats u. s. w. wirklich ausgegangenen Akt bezüglich seiner rein äußerlichen Kundbarwerdung der Wahrheit entsprechend berichtet, diesem Akte selbst aber gleichzeitig Motive und Tendenzen angedichtet haben sollte, welche das betreffende Organ und die bezügliche Staatseinrichtung verächtlich zu machen geeignet sind. Durch eine solche wahrheitswidrige Versicherung, daß zu dem Akte derartige Motive mitgewirkt hätten, wird dann auch jene rein äußerliche Thatsache selbst gleichzeitig eine ganz andere; — das in Wirklichkeit geschehene wird dann eben nicht blos in der rein objektiven Erscheinung, in welcher es zur Existenz ge-

langte, sondern unter gleichzeitiger Hinzufügung innerer Vorgänge, aus denen sie herausgewachsen sein soll und in Verbindung mit welchen sie als ein ungetrenntes, durchaus neues Ganze sich darstellt, besprochen; es hat sich dann der Angeschuldigte keineswegs mehr lediglich auf eine Kritik des fraglichen Akts beschränkt und keineswegs bloß ein Urtheil über das wirklich Geschehene gefällt, vielmehr letzteres in einer Weise individualisirt, daß dasselbe überhaupt in einer anderen concreten Gestaltung vor dem Zuhörer erscheint." (Kgl. Sächs. Ob.-App.-Ger. 7. Aug. 1871. S.G. 16 S. 85.)

Strafgesetzbuch §. 137.

Entziehung durch Cession.

26. „Durch die Cession trat die mit Arrest belegte Forderung an K. aus dem Vermögen des Imploranten in das seines Sohnes über; wollte nun die W. die Exekution in diese Forderung unter Anwendung des Gesetzes vom 4. Juli 1822 vollstrecken, so stellte sich ihr der Erwerb des Aktivums durch den Cessionar entgegen. Allerdings könnte sie vielleicht mit Erfolg die Ungültigkeit dieser Cession ihrem Anspruche gegenüber ausführen, namentlich wenn der Arrest in das Hypothekenbuch eingetragen worden (Hyp.-Ordn. II. §. 234); aber selbst dann war die Beschlagnahme, wenn auch nur zeitweise, beeinträchtigt, und schon hierin liegt ein Entziehen im Sinne der angewendeten Strafbestimmung." (Preuß. Ob.-Trib. 8. Nov. 1871. O.R. Bd. 12 S. 572.)

Strafgesetzbuch §§. 162, 163.

Fahrlässigkeit bei Ableistung des Manifestationseides.

27. Nach Art. 2 der deutschen Reichsverfassung gehen die Reichsgesetze den Landesgesetzen vor; mithin kann der §. 38 Tit. 22 Th. I. der preuß. Allg. Ger.-Ordnung nicht mehr zur Anwendung kommen, wenn das deutsche Strafgesetzbuch Bestimmungen enthält, welche mit ihm nicht vereinbar sind. Dies ist der Fall, da §. 162 des Strafgesetzbuchs sich nur auf den promissorischen, nicht aber auch auf den assertorischen Theil eines Offenbarungseides bezieht, dieser Theil des Eides mithin lediglich als ein dem §. 153 a. a. O. unterliegender „auferlegter" Eid erscheint, rücksichtlich dessen nach §. 163 a. a. O. auch die aus Fahrlässigkeit erfolgte falsche Ableistung zu bestrafen ist. (Preuß. Ob.-Trib. 29. Sept. 1871. O.R. 12 S. 485.)

Strafgesetzbuch §§. 174[1], 176[3].

Konkurrenz von §§. 174[1] und 176[3]. Strafantrag.

28. „Der Vertheidiger des Angeklagten hat seinen Antrag auf Einstellung der Untersuchung auf die Behauptung stützen zu können gemeint, daß in allen Fällen, in welchen ein Lehrer Unzuchtshandlungen mit einem zwar minderjährigen, aber unter 14 Jahre alten Schüler vorgenommen habe, bei Anwendung des Strafgesetzbuchs nicht dessen §. 174 sub 1, welcher vielmehr vollständig cessire, sondern ausschließlich dessen §. 176 sub 3 in Frage gezogen werden könne, einer Strafverfolgung nach dieser Richtung hin aber

hier der Mangel des nach Inhalt des letzteren Paragraphen erforderlichen Strafantrags entgegenstehe.

Daß dieser Schlußfolgerung eine durchaus unrichtige Interpretation der §§. 174 sub 1 und §. 176 sub 3 zu Grunde liegt, ist keinem Zweifel unterworfen. Das gegenseitige Verhältniß beider Gesetzesbestimmungen kann nur dahin aufgefaßt werden, daß ein Lehrer, welcher mit seinem minderjährigen Schüler unzüchtige Handlungen vornimmt, unter allen Umständen und insbesondere auch ohne alle Rücksicht darauf, ob ein Strafantrag vorliegt oder nicht, mindestens nach §. 174 sub 1 strafbar sein und daß auf einen solchen Straffall der §. 176 sub 3 nur insoweit Einfluß üben solle, als dann, wenn der betreffende minderjährige Schüler das 14te Altersjahr noch nicht erfüllt gehabt, eine Idealkonkurrenz (§. 73) beider Verbrechen angenommen werden müsse, bei deren Bestrafung, den Hinzutritt eines Strafantrags des nach §. 176 Berechtigten vorausgesetzt, die härtere Strafvorschrift des letzteren Paragraphen als Grundlage zu dienen habe. Auch in Schwarze's Commentar (S. 419), welchen Remedent für sich anziehen will, ist Nichts enthalten, was mit dieser Auffassung in Widerspruch stünde. Hieraus folgt für den gegenwärtigen Fall, in welchem es an einem derartigen Strafantrage gebricht, nur soviel, daß es nicht zulässig gewesen sein würde, eine solche Idealkonkurrenz anzunehmen, und daß daher bei der gebotenen Vergleichung des alten und neuen Rechts dem Art. 183 des Rev. Strafgesetzbuchs ausschließlich der §. 174 sub 1. des nordd. Strafgesetzbuchs gegenüber gestellt werden durfte. Dagegen konnte davon, daß die Anwendung des norddeutschen Strafgesetzbuchs zur Straflosigkeit führen müßte, nicht die Rede sein". (Kgl. sächs. Ob.-App.-Ger. 3. Apr. 1871. S.G. 15 S. 147.)

„Förmliche Anklage."

29. „Das deutsche Strafgesetzbuch, indem es nach dem Beschlusse des Reichstags, abweichend von dem Entwurfe und dem allgemeinen Grundsatze des §. 64 bei den in den §§. 176 und 177 behandelten Verbrechen das Recht des Antragsberechtigten seinen Antrag zurückzuziehen, ausnahmsweise in engere Grenzen zog, wollte hiermit zwar den im Interesse der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit gegen das Erforderniß eines Antrags des Verletzten bei solchen Verbrechen erhobenen Bedenken eine gewisse Berücksichtigung zu Theil werden lassen, andererseits aber doch das Interesse solcher Antragsberechtigten bei der Geheimhaltung derartiger Verbrechen als das durchgreifende und entscheidende anerkannt wissen. Dieses Interesse bedingte es aber den Antragsberechtigten auch zur Zurücknahme eines unmittelbar nach der That und in der ersten Aufregung ohne vollständige Erwägung der Folgen gestellten Antrages auf Verfolgung in gewissen Grenzen und während einer entsprechenden Frist zuzulassen. Diese Erwägung mußte zu der Wahl einer Grenzlinie führen, welche nach den allgemeinen Prinzipien des bei dem deutschen Strafgesetzbuche vorausgesetzten Anklageprozesses in den verschiedenen Prozeß-Ordnungen der Einzelstaaten mit möglichster Uebereinstimmung hervortreten und den erwähnten leitenden Gesichtspunkten die nöthige Rechnung tragen sollte. Wenn die §§. 176 und 177 ibid. in dieser Richtung die Erhebung der förmlichen Anklage bei Gericht als das Stadium des Prozesses bezeich-

neten, nach dessen Eintritt die Zurücknahme des Antrags nicht ferner statthaft sein solle, so konnte hierbei an den ersten Antrag der Staatsanwaltschaft auf Einleitung der Untersuchung bei dem zur Führung der Untersuchung berufenen Richter, obgleich dieser Antrag nach einzelnen Prozeßordnungen die eigentliche Strafklage darstellt, um so weniger gedacht sein, als damit der dem Antragsberechtigten rücksichtlich der Zurücknahme des Antrags nothwendigerweise zu gestattende Spielraum fast ausgeschlossen gewesen wäre. Mit dem Ausdrucke „förmliche Anklage bei Gericht" ist, zumal das hervorgehobene Beiwort nicht ohne besondere Bedeutung hinzugefügt worden sein kann, vielmehr nur der über die Erhebung der Anklage definitiv entscheidende Akt der Procedur, also die den verschiedenen Prozeßordnungen gemeinschaftliche definitive Versetzung in den Anklagestand durch das Gericht zu verstehen.

Diese Auslegung, mit welcher zugleich die bei der Abfassung der §§. 176 und 177 wenn auch nicht zum Grunde gelegte, doch sicher nicht ohne Einfluß gebliebene Terminologie der im größten Theile des preußischen Staats geltenden Verordn. vom 3. Januar 1849 insbesondere in den §§. 39, 41, 44, 78 im Einklang steht, entspricht vorzugsweise dem beabsichtigten Zweck, indem nach der definitiven Versetzung des Angeklagten in den Anklagestand alsbald das öffentliche Aufsehen, um dessen Vermeidung es sich handeln konnte, ungeachtet der Ausschließung der Oeffentlichkeit bei der Verhandlung der Sache ein unvermeidliches werden muß und die dem Antragsberechtigten bis dahin bewahrte Befugniß, seinen Antrag wieder zurückzunehmen, in dieser in Folge seines Schweigens eingetretenen Sachlage, ihre innere Berechtigung verloren hat. In diesem Sinne ist auch unter der Herrschaft der rhein. Krim.-Prozeß-Ordnung nur das die Anklage erkennende und den Angeklagten vor die Assisen verweisende Urtheil des Anklagesenats als förmliche Anklage bei Gericht zu betrachten." (Preuß. Ob.-Trib. 22. Juni 1871. O.R. 12 S. 337. G.A. 19,679; vergl. auch Preuß. Ob.-Trib. 6. Sept. und 2. Nov. 1871 und 8. Febr. 1872. G.A. 19 S. 759, 810 und 20 S. 103. O.R. 12 S. 427, 556. J.M.Bl. 72 S. 83 und dagegen: Preuß. Ob.-App.-Ger. 17. Januar 1872. G.A. 20 S. 102. O.R. 13 S. 46, welches ausführt, daß der Strafantrag im Geltungsbereiche der Verordnung vom 25. Juni 1867 bis zur Einreichung der Anklageschrift bei Gericht zurückgenommen werden könne.)

Strafgesetzbuch §. 185.

Beleidigung durch bildliche Darstellung.

30. „Bestimmte Formen, in welchen die Beleidigung anderen Personen sinnenfällig geworden sein müsse, erfordert der §. 95 des Bundesstrafgesetzbuchs nicht, es genügt daher jedes zur Manifestation des beleidigenden Gedankens taugliche Mittel, und als solches kann auch das von einem Andern verfertigte Bildwerk verwendet werden, wenn, wie hier festgestellt ist, der Inhaber, obwohl er den objektiv beleidigenden Charakter desselben kannte, doch geflissentlich darauf hingewirkt hat, dasselbe Anderen vor Augen zu bringen, worin das kgl. A.-G. vollkommen schlüssig die Aneignung des beleidigenden Gedankens und die Bekundung dieser Aneignung vor anderen Personen gefunden hat." (Preuß. Ob.-App.-Ger. 3 Januar 1872. O.R. 13 S. 3.)

Strafgesetzbuch §. 193.

Bestrafung der Anwalte wegen Beleidigungen in Rechtsschriften.

31. „Denunziat hat gegen die bezirksgerichtliche Entscheidung zunächst aus dem Grunde, weil er nicht auf Grund des §. 193 des Bundes-Straf-Gesetzbuches straffrei gesprochen worden sei, Nichtigkeitsbeschwerde eingewendet, und zu Begründung dieser Ansicht insbesondere auch auf eine Stelle in Schwarze's Commentar S. 459 sich bezogen. Derselbe hat jedoch dabei Dasjenige, was dort zum Zwecke der Interpretation des §. 193 bemerkt worden ist, mißverstanden. Wenn dort ausgesprochen wird, daß deshalb allein, weil die Angabe des Clienten, über welche dessen Sachwalter referirt habe, nicht unbedingt zur Rechtfertigung des betreffenden Antrags erforderlich gewesen sei, eine kriminalrechtliche Haftung des Sachwalters nicht als begründet anzusehen sein werde, so hat hiermit jedenfalls nicht gesagt werden wollen, es sei einem Sachwalter schon dadurch, daß die fraglichen Aeußerungen in einer Parteischrift Platz gefunden und den Mittheilungen des Clienten entsprochen hätten, Straflosigkeit gewährleistet oder es sei von vornherein ausgeschlossen, unter Anderem auch daraus, daß die inkriminirten Auslassungen der Erreichung des berechtigten Zwecks des fraglichen Antrags völlig fern gelegen hätten, ein Indiz für die beleidigende Absicht entlehnen zu können; vielmehr sollte durch jenen Ausspruch offenbar nur dem ganz richtigen Gedanken Ausdruck gegeben werden, daß die Entscheidung darüber, ob der betreffende Sachwalter sich straffällig gemacht habe, nicht bloß von dem äußerlichen Momente der Zweckmäßigkeit des fraglichen Vorbringens abhängig zu machen, und daß daher überhaupt diese Frage eine reine Beweisfrage und unter Berücksichtigung aller den konkreten Fall sonst begleitenden Umstände zu beantworten sein werde. In Uebereinstimmung hiermit wird auch von dem Kommentator selbst wenige Zeilen weiter unten noch ganz ausdrücklich hinzugefügt, daß bei der Frage, ob eine in einer sachwalterischen Schrift enthaltene Behauptung deren Verfasser oder den Clienten desselben haftbar mache, „der Dolus eines Jeden“ maßgebend zu sein haben werde, und dies entspricht auch völlig der Wortfassung und dem Sinne des §. 193, an dessen Schlusse ganz ausdrücklich darauf hingewiesen wird, wie Aeußerungen, welche zu Ausführung oder Vertheidigung von Rechten u. s. w. gemacht würden, insofern strafbar bleiben, als das Vorhandensein einer Beleidigung aus der Form der Aeußerung oder aus den Umständen, unter welchen sie geschehen, hervorgehe. Ist aber vorliegenden Falles dieser Beweis von den vorigen Urtelsverfassern ganz ausdrücklich für erbracht angesehen worden und ist selbiger demnächst offenbar rein thatsächlicher Natur, da der Gesetzgeber es vollständig in das Ermessen des Richters gestellt hat, durch welche speziellen Umstände gerade in dem betreffenden Falle jener Dolus für erwiesen anzusehen sei, so versteht es sich ebenso von selbst, daß die bezüglichen Feststellungen die Verurtheilung des Denunziaten rechtfertigen, als daß Letzterer diese nicht mehr anfechten kann.“ (Kgl. sächs. Ob.-App.-Ger. 3. Nov. 1871, S.G. 16 S. 79.)

Strafgesetzbuch §§. 196, 197.

Gemeinde-Ausschuß in Bayern. Behörde.

32. Ein Gemeinde-Ausschuß in Bayern ist eine Behörde, nicht eine politische Körperschaft. Eine politische Körperschaft ist eine Mehrheit von Personen, welche, ohne Organ der Staatsverwaltung zu sein, in einer vom Staate anerkannten Weise für Staatszwecke thätig ist. (Kgl. bayer. Ob.-App.-Ger. 12. Febr. 1872. Jur. Wochenschr. 1872 S. 40).

Strafgesetzbuch §. 211.

Vorausgegangener überlegter Entschluß beim Morde.

33. „Es wird von der N.B. ausgeführt, daß das preuß. Strafgesetzbuch nach der im §. 175 desselben gegebenen Begriffsbestimmung,

„wer vorsätzlich und mit Ueberlegung einen Menschen tödtet, begeht einen Mord,"

zwei verschiedene, besonders zu erweisende Requisite des Thatbestandes aufstelle und zwar einmal, daß der Entschluß zur That aus Ueberlegung hervorgegangen sei, und dann, daß die Ausführung selbst mit Ueberlegung verübt sei; dagegen verlange die neuere Begriffsbestimmung des Mordes im §. 211 des Strafgesetzbuchs:

„Wer vorsätzlich einen Menschen tödtet, wird, wenn er die Tödtung mit Ueberlegung ausgeführt hat, wegen Mordes bestraft,"

nur daß die That mit Ueberlegung ausgeführt sei, mithin nur die überlegte Ausführung, nicht aber, daß der Entschluß zur That aus Ueberlegung hervorgegangen sei; wenn das preußische Strafgesetzbuch sonach für die Verurtheilung des Angeklagten mehr verlange, als das deutsche Strafgesetzbuch, so stelle sich ersteres als das mildere dar, und habe daher bei der Fragstellung zu Grunde gelegt werden müssen. Diese Ausführung der N.B. trifft indessen nicht zu. Die von dem Gesetze sowohl im §. 175 des preuß. Strafgesetzbuchs, als im §. 211 des Bundesstrafgesetzbuchs als Thatbestandserforderniß für das Verbrechen des Mordes vorausgesetzte Ueberlegung, bezeichnet die bei Bildung des Entschlusses zur That vorhandene ruhige und besonnene Verstandesthätigkeit, mittelst welcher Zweck und Erfolg der That, sowie die Umstände und die Modalitäten und die zur Ausführung der That anzuwendenden Mittel, vom Thäter erwogen werden. Eine mit Ueberlegung ausgeführte Tödtung ist mithin überhaupt nur denkbar, wenn der Ausführung ein aus Ueberlegung hervorgegangener Entschluß, gleichviel in welchem Zeitraum, vorausgegangen ist. Ist der Entschluß zur That ursprünglich nicht mit Ueberlegung gefaßt, sondern von einer dieselbe ausschließenden Gemüthsstimmung beherrscht, so ist damit auch die überlegte Ausführung der That selbstverständlich ausgeschlossen, wenn anders nicht in irgend einem Zeitpunkt der ohne Ueberlegung gefaßte Entschluß überlegt wird und in solcher Weise qualifizirt zur Ausführung fortschreitet. Beide Gesetzgebungen verlangen also, indem sie die vorsätzliche und mit Ueberlegung ausgeführte Tödtung eines Menschen als Mord unter Strafe stellen, übereinstimmend einen vor Ausführung der That mit Ueberlegung gefaßten Entschluß zu derselben. Eine Unterscheidung, wie sie die Nichtigkeitsbeschwerde in Beziehung

auf das Bundesstrafgesetzbuch in so fern zu machen versucht, als dasselbe **nur** die überlegte Ausführung, nicht aber wie das preußische Strafgesetzbuch Ueberlegung bei dem Entschluß **und** bei der Ausführung erfordere, rechtfertigt sich sonach weder aus dem Inhalte der gedachten gesetzlichen Vorschriften, noch ist sie mit dem Begriffe der Ueberlegung als Qualifikation des verbrecherischen Willens überhaupt vereinbar. Andererseits folgt hieraus zugleich, daß die von dem Schw.-G.H. beschlossene Fragestellung, wonach die Tödtung mit Vorsatz erfolgt und mit Ueberlegung ausgeführt, auch die Voraussetzungen des §. 175 des preußischen Strafgesetzbuches enthält. Denn wenn **der Vorsatz** der Tödtung, und wenn in gleicher Weise festgestellt ist, daß die Ausführung der Tödtung mit Ueberlegung erfolgt ist, so hat der Vorsatz selbstverständlich vor der Ausführung überlegt werden müssen und es ist sonach im Sinne des §. 175 des preuß. Strafgesetzbuchs festgestellt, daß die Tödtung vorsätzlich und mit Ueberlegung erfolgt ist." (Preuß. Ob.-Trib. 13. Juli 1871 O.R. 12 S. 401 G.A. 19 S. 681.)

Strafgesetzbuch §. 221.

Aussetzung eines in Folge von Trunkenheit Hilflosen.

34. „Durch das angefochtene Erkenntniß ist thatsächlich festgestellt, daß die Angeklagten am 20. November 1870 in später Abendstunde den im höchsten Grade betrunkenen und dadurch des Gebrauchs seiner Sinne und Gliedmaßen unfähigen Weber H. von dem Dorfe B. aus abwechselnd auf einem Schiebebocke gefahren, um ihn auf die Polizeiwache zu C. abzuliefern, daß sie aber, ehe sie nach C. gelangt, genannten H. auf freiem Felde abgeladen und obdachlos sich selbst überlassen, ingleichen, daß H. am nächsten Morgen an dem Orte, wo jene Drei sich seiner entledigt, todt aufgefunden worden.

Es ist auch durch das gerichtsärztliche Gutachten konstatirt, daß H. schon während des Transports sich in einem Zustande schwerer Krankheit befunden habe, daß sein Ableben durch Hyperämie des Gehirns herbeigeführt worden, daß bei dieser Sachlage ein ursachlicher Zusammenhang zwischen der ihm widerfahrenen Behandlung und dem Tode nicht nachweislich, daß aber die erstere allerdings geeignet gewesen sei, eine Gesundheitsbeschädigung nach sich zu ziehen.

Das Schöffengericht hat gleichwohl auf diese Thatsachen die Strafbestimmungen im Art. 163, Abs. 2 des Rev. Strafgesetzbuches, unter dessen Herrschaft der Vorfall sich ereignet, nicht für anwendbar erachtet, weil der Zustand der Trunkenheit einer Krankheit im Sinne des gedachten Artikels nicht gleich geachtet werden könne, und das Verfahren der Angeschuldigten überhaupt kein solches sei, welches einer strafrechtlichen Ahndung unterliege.

Die hiergegen von der Staatsanwaltschaft wegen unrichtiger Gesetzesanwendung erhobene Nichtigkeitsbeschwerde hat man für begründet erachten müssen, weil, wenn auch thatsächlich feststeht, daß der bei dem Verstorbenen schon zur Zeit seiner Wegschaffung von B. vorhanden gewesene Krankheitszustand für die Angeschuldigten nicht erkennbar gewesen sei und dessen Nichtbeachtung denselben nicht angerechnet werden könne, doch das im gegebenen Falle offenbar vorliegende Unvermögen H.'s, sich selbst zu helfen, worüber

auch der Laie nicht hatte im Zweifel sein können, als Zustand der Krankheit und Hinfälligkeit aufgefaßt und jedenfalls einem solchen völlig gleichgeachtet werden muß. Deshalb aber führt eine dem Sinne und der Absicht des Gesetzgebers entsprechende Auslegung von Art. 163 in Verbindung mit Art. 1 des Rev. Strafgesetzbuches zu der Annahme, daß die Handlungsweise der Angeklagten gegen eine hülflose Person im Sinne des gedachten Artikels verübt worden sei.

An dieser Auffassung der Worte „Trunkenheit“ und „Krankheit“ ist auch die inmittelst zur Geltung gelangte Vorschrift im §. 221 des nordd. Strafgesetzbuchs etwas zu Gunsten der Angeklagten nicht geändert.“ (Kgl. sächs. Ob.-App.-Ger. 20. März 1871. S.G. 15 S. 115.)

Strafgesetzbuch §. 224.

Vertretung der nicht vorausgesehenen Folgen der vorsätzlichen Körperverletzung.

35. „Nach den Ausführungen des App.-Richters steht fest: „daß der Angeklagte ꝛc. den Knecht K. vorsätzlich körperlich gemißhandelt hat.“ ;— Dies hat sowohl nach den §§. 187 ff. des preuß. als nach den §§. 223 ff. des Bundes-Strafgesetzbuchs zur nothwendigen Folge, daß er für den durch diese Handlung herbeigeführten Erfolg, auch wenn er denselben nicht in dem Maße, wie er thatsächlich eingetreten, beabsichtigt hat, aufkommen muß, sobald nur, wie in dem vorliegenden Falle die Vorsätzlichkeit der Handlungsweise überhaupt festgestellt ist. Die §§. 192 a. ff. des preuß. Strafgesetzbuchs lassen hiergegen keinen Zweifel eintreten, und hinsichtlich des Bundes-Strafgesetzbuchs ergiebt sich dasselbe aus den Bestimmungen der §§. 224, 225 desselben. Auch der Verlauf der diesfälligen Berathungen im Reichstage bestätigt diese Annahme. Es wurde namentlich geltend gemacht (Verhandlungen ꝛc. S. 666): „daß allerdings immer die absichtliche Handlung vorausgesetzt werde, der Erfolg aber mit dieser durchaus nicht in einem solchen Zusammenhange zu stehen brauche, daß er dem Thäter als Culpa zuzurechnen sei. Die Mißhandlung könne von der Art sein, daß ihm, abgesehen davon, daß er eine absichtliche Handlung vorgenommen, weder Dolus noch Culpa zur Last falle.“

In Folge dessen ist in den §§. 224, 226 des Bundes-Strafgesetzbuchs, um dadurch eine mildere Beurtheilung einschlagender Fälle zu ermöglichen, die Zulässigkeit einer bloßen Gefängnißstrafe eingeschaltet worden, die in den §§. 219, 221 des zweiten Entwurfes fehlte. Nach alledem müssen im Anschlusse an die thatsächliche Schlußfeststellung des App.-Richters der §. 194 des preuß. Strafgesetzbuchs, sowie der §. 226 des Bundes-Strafgesetzbuchs gegen den Angeklagten zur Anwendung kommen. Das angefochtene Erkenntniß hat dies unterlassen, weil es annahm, daß dem Angeklagten der Umstand, daß eine Folge der von ihm begangenen Mißhandlung der Tod des Verletzten gewesen, nach §. 44 des preuß. Strafgesetzbuchs nicht zugerechnet werden kann, weil demselben ohne eigene Fahrlässigkeit unbekannt war, daß das Mirbanöl ein Stoff ist, welcher geeignet ist, den Tod eines Menschen herbeizuführen. Diese Ansicht ist jedoch eine rechtsirrthümliche. Der §. 194 des preußischen, beziehungsweise der §. 226 des Bundes-Strafgesetzbuchs, macht Denjenigen, der eine vorsätzliche Mißhandlung eines Menschen verübt hat, für den dadurch

herbeigeführten Tod des Gemißhandelten verantwortlich, gleichviel ob er diese Folge voraussehen konnte, oder nicht. Er muß für den wirklich eingetretenen Erfolg einstehen, und auf einen solchen bezieht sich der §. 44 des preuß. Strafgesetzbuchs nicht, sondern nur auf diejenigen besonderen Thatumstände, welche zu den Begriffsmerkmalen der Strafthat selbst gehören, was in Fällen der vorliegenden Art nicht zutrifft. Dasselbe ergiebt sich aus dem entsprechenden §. 59 des Bundes-Strafgesetzbuchs, welcher das Prinzip des §. 44 des preußischen beibehalten, und nur eine bestimmtere Fassung desselben gegeben hat. Es heißt dort ausdrücklich:

> „Wenn Jemand bei Begehung einer strafbaren Handlung das Vorhandensein von Thatumständen nicht kannte, welche zum gesetzlichen Thatbestande gehören, oder die Strafbarkeit erhöhen, so sind ihm diese Umstände nicht zuzurechnen."

Hiernach muß eine Rücksichtnahme auf die in Rede stehenden gesetzlichen Bestimmungen ausgeschlossen bleiben." (Preuß. Ob.-Trib. 8. Sept. 1871. O.R. 12 S. 437.)

Strafgesetzbuch §§. 222, 230, 232.

„Gewerbe."

36. „Die Vorschrift des §. 232 bezieht sich nicht bloß auf diejenigen Gewerbe, zu deren Betrieb eine staatliche Genehmigung oder Konzession erforderlich ist. Es folgt dies schon daraus, daß der erwähnten Bestimmung in §. 232 ebenso wenig wie den §. 230 und 222 eine dahin zielende Beschränkung hinzugefügt ist, und da nach dem allgemeinen Grundsatze in §. 1 der Gewerbe-Ordnung für den norddeutschen Bund vom 21. Juni 1869, der Gewerbebetrieb der Regel nach frei, und von der Ertheilung von Konzessionen unabhängig sein soll, so ergiebt sich daraus, daß der Ausdruck „Gewerbe" eine jede und nicht bloß die durch besondere Genehmigung bedingte gewerbliche Erwerbsthätigkeit umfaßt. Die durch die Gewerbe-Ordnung geschaffene Freiheit des Gewerbebetriebes macht besondere Strafbestimmungen gegen Diejenigen nöthig, welche diese Freiheit zum Schaden Anderer mißbrauchen, da die Untersagung des Gewerbebetriebes als Folge derartiger Ausschreitungen in Wegfall gekommen ist, und es sind daher die Vorschriften der §§. 220, 230, 232, welche sich als eine Konsequenz der vorangeführten Nothwendigkeit darstellen, gerade und wesentlich auf den freien Gewerbebetrieb anwendbar. Außerdem erkennt die Gewerbe-Ordnung das Vorhandensein von Berufspflichten im §. 144 bei allen Gewerbtreibenden und nicht bloß bei den einer vorgängigen Konzessionirung unterliegenden ausdrücklich an." (Preuß. Ob.-Trib. 5. Okt. 1871. G.A. 19 S. 813. O.R. 12 S. 498.)

Strafgesetzbuch §. 242.

Diebstahl des Käufers an der noch nicht übergebenen Sache.

37. Die Instanzrichter stellen fest, daß der Angeklagte auf dem Markte mit dem Handelsmann David um eine Portion Fische gehandelt, mit demselben über den Verkauf und den Preis von $27^1/_2$ Sgr. einig geworden,

auch der Laie nicht hatte im Zweifel sein können, [illegible] Zustand [illegible] völlig
Hinfälligkeit aufgefaßt und jedenfalls einem solch[illegible]
muß. Deshalb aber führt eine dem Sinne und [illegible] der [illegible]
entsprechende Auslegung von Art. 163 in Verb[illegible]
Strafgesetzbuches zu der Annahme, daß die Ha[illegible]
gegen eine hülflose Person im Sinne des geda[illegible]

An dieser Auffassung der Worte „T[illegible]
auch die inmittelst zur Geltung gelangte [illegible]
Strafgesetzbuchs etwas zu Gunsten der [illegible]
sächs. Ob.-App.-Ger. 20. März 1871[illegible]

Strafge[illegible]

Vertretung der nicht vors[illegible]
K[illegible]

35. „Nach den Au[illegible] diesen aus fol[illegible]
Angeklagte 2c. den Knech[illegible] [illegible]gestellten Verletzung des
Dies hat sowohl nach [illegible] Sachverhältnisse [illegible] enthalten sei.
des Bundes-Strafges[illegible] [illegible]unbegründet. Festgestellt ist, daß der An-
diese Handlung her[illegible] [illegible]sche gehandelt hat, mit dem Verkäufer über den
Maße, wie er th[illegible] [illegible]ist, die Fische in sein Tuch eingebunden hat, und sich
bald nur, wie [illegible] [illegible]ständen entfernt hat, in denen die Instanzrichter die diebische
weise überhau[illegible] [illegible] haben. Der Appellationsrichter nimmt insbesondere an, daß
buchs lassen [illegible]Entfernung des Angeklagten vom Verkaufstische des Damnifikaten das
Strafgese[illegible] [illegible] Diebstahls vollendet wurde und durch die spätere Verhandlung
225 de[illegible] [illegible] dem Damnifikaten und dem Angeklagten über die Bezahlung nicht wieder
tage [illegible] habe gemacht werden können. In dieser Auffassung liegt der behauptete
har[illegible] [illegible]irrthum nicht. Durch die, wie nach der Feststellung anzunehmen, in Betreff
v[illegible] [illegible] behandelten Fische allerdings zu Stande gekommene Abschließung des Kauf-
[illegible]vertrages hatte der Angeklagte kein weiteres Recht erworben, als dasjenige
auf Uebergabe der Sache gegen Erlegung des Kaufpreises. Ein dingliches
Recht an der Sache selbst hatte er durch den Vertrag allein also nicht er-
langt, und nur die Existenz eines solchen würde den Begriff des Diebstahls
ausschließen. Daß aber in dem in Gegenwart des Verkäufers erfolgten Ein-
binden der behandelten Fische durch den Angeklagten eine die Uebergabe er-
setzende Bemächtigung der Sache mit Einwilligung des Verkäufers stattge-
funden habe, ist nicht festgestellt. Rechtsirrthümlich würde endlich die Auf-
fassung sein, daß in der „rechtswidrigen Zueignung einer fremden Sache“
zugleich das Erforderniß ausgedrückt sei, daß dem Thäter keinerlei Recht an
der Sache zugestanden habe, weil entgegengesetzten Falls der Begriff jener
rechtswidrigen Zueignung nicht völlig vorhanden sein würde. Denn auch
der Miteigenthümer begeht einen Diebstahl, soweit es den ihm nicht gehörigen
Theil der Sache betrifft, und das Recht zur Sache, welches allerdings durch
den Kaufvertrag erlangt wird, giebt nur das Recht, die Uebergabe zu fordern;
bis zu dieser, also damit bis zur Erlangung des vollen Eigenthums, hat das
persönliche Recht aus dem Kaufvertrage nicht die Wirkung, der Sache die
Eigenschaft einer dem Käufer „fremden“ zu nehmen.“ (Preuß. Ob.-Trib.
1. Juni 1871. G.A. S. 613.)

Diebstahl in den Räumen des Dienstherrn.

38. „Der Dienstknecht M., welcher am 27. Januar 1871 Vormittags im Auftrage seines Dienstherrn, des Gutsbesitzers P., damit beschäftigt war, eine größere Anzahl von Säcken mit Getreide aus der Scheune nach dem im Wohngebäude befindlichen Getreideboden zu tragen, schaffte einen dieser Säcke nicht bis auf diesen Boden, vielmehr in die auf dem Wege dorthin gelegene Spreukammer, woselbst er ihn mit der Absicht versteckte, ihn von dort Abends heimlich hinwegzuholen. Auch suchte er in der That noch an demselben Abende diesen Entschluß auszuführen, indem er zunächst mittelst einer an die Außenseite des Wohngebäudes angelegten Leiter zu der Spreukammerluke emporstieg, sodann aber, da ihm das Einsteigen nicht gelang, auf dem gewöhnlichen Wege durch die Hausflur in die Spreukammer sich verfügte, und wurde er nunmehr von der Wegholung des Sackes nur durch die Dazwischenkunft seines Dienstherrn, welcher ihn hierbei überraschte, abgehalten. Dies Alles ist durch den gerichtsamtlichen Bescheid ebenso festgestellt, als daß M. hierbei allenthalben nicht in der von ihm vorgegebenen Absicht, das Getreide an das Vieh seines Dienstherrn zu verfüttern, vielmehr in der Absicht handelte, selbiges sich rechtswidrig anzueignen.

Diesen Feststellungen gegenüber ist in dem Bescheide, unter ausdrücklicher Verneinung dessen, daß sich M. eines Diebstahlsversuchs schuldig gemacht habe, davon ausgegangen, daß derselbe eine Unterschlagung begangen habe.

Die materiellrechtliche Beurtheilung, von welcher das Gerichtsamt ausgegangen ist, muß als unrichtig bezeichnet werden. Indem dasselbe zu Rechtfertigung dessen, warum es das Vorhandensein der Diebstahlsrequisite negire und der Annahme einer Unterschlagung sich zugewendet habe, darauf Bezug genommen hat, daß der Angeschuldigte, als er zur Verbergung des Sacks geschritten, bereits im Besitze des letzteren gewesen und als schon in dieser Thätigkeit ein Akt der rechtswidrigen Entziehung und Aneignung zu finden gewesen sei, ist offenbar der Erwägung nicht Rechnung getragen worden, daß M., als er den Sack, anstatt ihn auf den Boden zu tragen, in die Spreukammer schaffte, dies während einer ihm von seinem Dienstherrn aufgetragenen und zwar in dessen Räumen zu verrichtenden Arbeit that. Durch die Ueberlassung von Gegenständen an einen Dienstboten behufs einer damit vorzunehmenden Arbeit geht, namentlich soweit diese Arbeit an einer dem Dienstboten angewiesenen und in dem Besitzthume des Dienstherrn befindlichen Arbeitsstelle vorgenommen werden soll, dem Dienstherrn der Gewahrsam an diesen Gegenständen nicht verloren; der Dienstbote vertritt solchenfalls seinen Dienstherrn bezüglich des Besitzes in der Weise, daß er, sobald er einen solchen Gegenstand während der Arbeit sich aneignet, selbigen nicht unterschlägt, sondern aus dem noch gar nicht unterbrochen gewesenen Besitze seines Dienstherrn wegnimmt.

Zweifelhafter dagegen konnte es scheinen, ob ein bereits vollendeter Diebstahl oder nur ein Versuch und beziehentlich der Versuch eines schweren Diebstahls vorliege? Die Entscheidung hierüber war von der Vorfrage abhängig, welche kriminalrechtliche Bedeutung man dem Verbergungsakte beilegt. Würde man anzunehmen berechtigt sein, daß durch selbigen bereits der Begriff der Wegnahme im Sinne des §. 242 des nordd. Strafgesetzbuches gedeckt sei, so

würde man schon hiernach einen vollendeten einfachen Diebstahl annehmen müssen und solchenfalls kaum noch darauf zukommen können, daß diese That durch das später versuchte Einsteigen u. s. w. überdies noch einen anderen strafbaren Charakter angenommen habe, wogegen, falls man in jenem Akte lediglich die Vorbereitung zu einem durch Einsteigen auszuführenden Diebstahle erblickt, die ganze That als ein Diebstahlsversuch sich darstellen würde, welcher theils durch Einsteigen, theils, als dieses mißglückte, auf nicht qualifizirte Weise ausgeführt worden und nach §. 243 verb. mit §. 44 zu beurtheilen wäre. Auch würde an dieser letzteren verbrecherischen Figur selbst dann, wenn man den Verbergungsakt selbst schon als eine Versuchshandlung auffaßte, nur das geändert, daß solchenfalls ein Diebstahlsversuch vorläge, der aus drei, in Fortsetzungsnexus stehenden Thätigkeitsakten zusammengesetzt gewesen wäre, deren einer dann ebenmäßig die Bestrafung nach §. 243 in Verbindung mit §. 44 bedingte. Nach der Lage der Sache muß jedoch das Ober-Appellationsgericht der Annahme, daß in dem Verbergungsakte nur eine Vorbereitungshandlung zu erblicken sei, den Vorzug geben, da sich ebensowenig annehmen läßt, der Sack mit Getreide sei der Willensbestimmung des Eigenthümers schon mit der Einlegung in der Spreukammer thatsächlich entzogen gewesen, als daß der Angeschuldigte in der Meinung gestanden hätte, bereits durch diesen Akt sei die „Wegnahme“ des Sackes in dem Sinne erfolgt, um selbigen als dem Eigenthümer entzogen und zu seiner, des Diebes, Verfügung stehend anzusehen. In der ersteren Beziehung mag insonderheit darauf hingewiesen werden, daß die Spreukammer einen Theil des Wohngebäudes des Verletzten bildete und für diesen jederzeit frei zugänglich war, sowie, daß sich überdies nicht annehmen läßt, der Sack sei von dem Angeschuldigten in einer Weise versteckt worden, um seinem Dienstherrn, dafern ihm nicht ein ganz besonderer Zufall günstig sein würde, jede Kenntniß von dem Verbleibe abzuschneiden. Ebenso deutet aber auch, soviel die hierunter vorgelegene verbrecherische Willensrichtung des Angeschuldigten betrifft, Alles darauf hin, daß dieser, als er den Sack in die Spreukammer schaffte, selbigen keineswegs schon dem Gewahrsam seines Dienstherrn entziehen, vielmehr nur sich selbst eine für die „Wegnahme“ günstigere Gelegenheit verschaffen wollte und daher seinerseits selbst davon ausging, wie er sich die Füglichkeit zu einer, von der Willensbestimmung seines Dienstherrn unabhängigen Verfügung über den Sack erst durch dessen bis auf den Abend verschobenes Wegtragen von dort verchaffte.“ (Kgl. sächs. Ob.-App.-Ger. 2. Juni 1871. S.G. 15 S. 185.)

Strafgesetzbuch §. 243.

Bewohnte Schiffe. Bewohnte Gebäude.

39. „Wie das App.-Ger. mit Recht angenommen hat, ist das preuß. Strafgesetzbuch nicht von der Annahme ausgegangen, daß Schiffe unter Gebäuden begriffen seien, sondern es hat durch die §§. 220 und 221 Nr. 1 zum Ausdrucke gebracht, daß es beide Gegenstände begrifflich auseinander halte; wie denn auch in §. 283 Gebäude und Schiffe neben einander genannt werden. Mit Recht ist auch von demselben angenommen worden, daß die gedachten §§. nur auf den Fall des §. 217 Nr. 6 zurückzubeziehen seien, weil nur

hier der bewohnten Gebäude gedacht werde, und daß es nach der Ausdrucksweise des Gesetzes an zureichendem Grunde fehle, um die in §. 221 Nr. 1 statuirte Gleichstellung der bewohnten Schiffe mit bewohnten Gebäuden auch auf weitere Fälle für ausgedehnt anzusehen, sowie, daß das Verhältniß des Satzes 7 zu Satz 2 und 3 des §. 243 des Bundes-Strafgesetzbuchs in gleicher Weise zu beurtheilen sei. Gegenüber den Ausführungen der R.B. muß auch noch in Betracht gezogen werden, daß, wenn die gedachte Gleichstellung auch in Bezug auf die Fälle der qualifizirten Diebstähle nach überwiegenden legislatorischen Gründen von dem Gesetzgeber in Aussicht genommen worden wäre, hierzu bei der Umarbeitung der Bestimmungen des 19. Titels des preußischen Strafgesetzbuchs sich die nächste Veranlassung und Gelegenheit mittelst entsprechender Redaktion des §. 243 des Bundes-Strafgesetzbuchs dargeboten hätte. Da aber der §. 243 nicht einen allgemein auf die einschlägigen Fälle zurückweisenden Zusatz dieser Art enthält, sondern nur im engen Anschluß an Satz 7 daselbst gesagt worden ist, daß einem bewohnten Gebäude bewohnte Schiffe gleichgeachtet werden sollen, so geht hieraus eine beschränkte Bedeutung dieses Zusatzes mit Nothwendigkeit hervor, wogegen mit den Gründen nicht angekämpft werden kann, welche den Gesetzgeber etwa hätten bestimmen sollen, weiter zu gehen." (Preuß. Ob.-App.-Ger. 10. Mai 1871. O.R. 12 S. 256. G.A. 19 S. 534.)

Einschleichen.

40. „Der unter Nr. 7 des §. 243 aufgeführte schwere Diebstahl liegt nicht schon dann vor, wenn die Ausführung desselben zur Nachtzeit in einem bewohnten Gebäude erfolgt ist, und der Thäter in dasselbe in diebischer Absicht eingeschlichen ist, d. h. ohne Wissen und Willen der Hausbewohner unter Vermeidung des Zusammentreffens mit ihnen den Eintritt genommen hat; zur Annahme des Thatbestandes ist vielmehr erforderlich, daß zwischen dem Einschleichen in das Gebäude und der Ausführung des Diebstahls ein Zeitraum liegt, welcher hinreicht, um das Einschleichen als eine den Diebstahl vorbereitende besondere Handlung erscheinen zu lassen.

Schon der Wortlaut des Gesetzes spricht für diese Auffassung. Die vom Gesetzgeber gewählte Form des Zeitwortes — „in welches der Thäter sich eingeschlichen hatte" — bezeichnet das Einschleichen als ein Vergangenes, dem Diebstahle Nichtgleichzeitiges. Hätte man das dem Diebstahl stets vorangehende Einschleichen auch dann unter diese Strafvorschrift bringen wollen, wenn ihm unmittelbar die Entwendung folgte, wenn zwischen beiden Handlungen Continuität bestand und sie hierdurch eine einzige — durch Zeitintervall nicht getrennte — Handlung bildeten, so würde die That in Uebereinstimmung mit der Ausdrucksweise der Nummer 2 des §. 243 als ein Diebstahl mittels Einschleichens bezeichnet worden sein, oder es wäre eine andere Verbform als das Plusquamperfektum gebraucht.

Gewichtiger ist der deutlich erkennbare Grund des Gesetzes. Das befriedete Wohnhaus erfordert für die Zeit, wo die Bewohner sich der Nachtruhe hingegeben haben und deshalb einerseits das Eigenthum gegen Diebstahl nur in geringerem Grade als bei Tage schützen können, andererseits sich selbst der Gefährdung durch den Dieb aussetzen, einen erhöhten Schutz gegen Dieb-

stahl. Der bei den gegenwärtigen Kulturverhältnissen der Regel nach erfolgende Verschluß des Wohnhauses für die Dauer der Nacht giebt faktische und strafrechtlich garantirte Sicherheit gegen den von außen eindringenden Dieb, da dieser erst durch Einbruch, Einsteigen oder Nachschlüssel den Verschluß wirkungslos macht; er ist aber machtlos demjenigen Diebe gegenüber, der eine verschlußfreie Zeit zum diebischen Einschleichen benutzt oder, nachdem er ohne diebische Absicht hineingelangt ist, mit dieser Absicht sich im Wohnhause versteckt. Beide vereiteln den Schutz, den der Verschluß gewähren würde, wenn sie sich nicht der Wahrnehmung der Hausbewohner entzogen hätten. Das Einschleichen und das Sichverbergen setzen beide eine Täuschung der Bewohner voraus; die Bedeutung dieses den beiden Handlungen gemeinsamen Moments und die strafrechtliche Gleichstellung beider Handlungen, von denen das Sichverbergen zweifellos immer eine den Diebstahl vorbereitende Handlung sein muß, weisen darauf hin, das Einschleichen auch nur dann als Erschwerungsgrund zuzulassen, wenn es eine Vorbereitung des Diebstahls enthält; zwischen dem Einschleichen beziehungsweise dem Sichverstecken und dem Diebstahl liegt die — längere oder kürzere — Zeit, in welcher der Thäter den zur Ausführung des Diebstahls günstigen Moment abwartete.

Es ergeben denn auch die Motive, daß der Standpunkt des preuß. Strafgesetzbuchs — welches jeden in einem bewohnten Gebäude zur Nachtzeit verübten Diebstahl als qualifizirten Diebstahl (§. 217 Nr. 6) bestraft — und der gleiche des ersten Entwurfs des jetzigen deutschen Strafgesetzbuchs verlassen werden und durch den §. 243 Nr. 7 die in den Gesetzbüchern der nichtpreußischen deutschen Staaten enthaltenen Bestimmungen Berücksichtigung finden sollten. Es ist aber ein in Theorie und Praxis anerkannter Satz, daß wenigstens nach denjenigen deutschen Strafgesetzbüchern, welche das Einschleichen in seiner Bedeutung für den Thatbestand dem Sichverbergen gleichstellen, derjenige Dieb, der sich einschleicht und sofort stiehlt, nicht wegen schweren Diebstahls bestraft werden darf." (Preuß. Ob.-Trib. 22. Januar 1872. J.M.Bl. S. 67. O.R. 13 S. 67. G.A. 20 S. 71; vergl. aber kgl. Sächs. Ob.-App.-Ger. 14. April 1871. S.G. 15 S. 152 u. OAG. Jena 27. Septbr. 1871 in Stengleins Zeitschrift für Gerichtspraxis 2c. Bd. 1 S. 178.)

Strafgesetzbuch. §. 244.

Anwendung auf den Gehülfen und auf den Versuch.

41. Der Angeklagte S. war als Gehülfe (§. 49 Str.-G.-B.) zu einem von A. verübten schweren Diebstahle (§. 243 Nr. 2) zu strafen. „Es entstand die Frage, ob und inwieweit der Umstand auf die Bestrafung S.'s Einfluß äußere, daß dieser bereits in den Jahren 1866 und 1869 wegen Diebstahls bestraft worden ist und zwar das letzte Mal wegen eines erst nach Verbüßung der ersten Strafe begangenen Diebstahls. Die Beantwortung dieser Frage hängt davon ab, welche Stellung und Bedeutung im Strafrechtssysteme man dem §. 244 des nordd. Strafgesetzbuchs einzuräumen hat. Will man in dieser Beziehung nicht fehl gehen, so hat man sich gänzlich von der Auffassung, von welcher das Rev. Strafgesetzbuch bei Aufstellung der die Rückfälligkeit betreffenden Vorschriften ausging und insbesondere von

der Auffassung loszusagen, als sei auch nach dem norddd. Strafgesetzbuch die Rückfälligkeit als ein außerhalb des Deliktsthatbestandes liegendes Moment anzusehen, welches ausschließlich bedinge, daß der selbstständig verwirkten ursprünglichen Strafe noch ein, mit dem Deliktsbegriffe selbst in gar keinem inneren Zusammenhange stehendes und auch nur äußerlich lose angefügtes Augment beigefügt werde. Das nordd. Strafgesetzbuch faßt offenbar die Rückfälligkeit eines Angeschuldigten ganz anders auf; wo es derselben überhaupt einen Einfluß zugesteht — §§. 244, 250[6], 261, 264 — rechnet es dieselbe augenfällig zu den Thatbestandsrequisiten des fraglichen Delikts; die betreffenden Vorbestrafungen des Angeklagten sollen solchenfalls einen Bestandtheil der Voraussetzungen bilden, unter denen überhaupt der fragliche Thatbestand erfüllt wird; bei ihrem Hinwegfalle kommt eine ganz andere verbrecherische Figur in Frage; die konstatirte Rückfälligkeit bedingt nach ihm nicht etwa bloß einen Strafzusatz, vielmehr die Anwendung eines ganz anderen Paragraphen, dessen Strafrahmen nicht einmal die Strafgrenzen wieder erkennen läßt, die maßgebend geworden wären, sobald man sich das Requisit der Rückfälligkeit hinwegdenkt; das nordd. Strafgesetzbuch zählt sogar den einfachen Diebstahl, den Betrug und beziehendlich die Hehlerei an sich zu den Vergehen (§§. 242, 258[1], 259, 263 verb. mit §. 1 Abs. 2), verleiht ihnen aber ohne Weiteres im Falle des Rückfälligkeitsrequisits den Charakter eines Verbrechens (§. 244, 261 Abs. 2, 264 verb. mit §. 1 Abs. 1), sowie denn auch aus der Fassung des §. 250 hervorgeht, daß die Rückfälligkeit des Räubers dessen ganze That ohne Weiteres den dort behandelten besonders ausgezeichneten Fällen des Verbrechens des Raubes zuführt. Hier hat man davon auszugehen, daß der Gesetzgeber in allen Fällen, in denen er das Rückfälligkeitsmoment von Bedeutung lassen werden wollte, der That, welche ohne den Hinzutritt desselben vorgelegen haben würde, einen ganz anderen strafrechtlichen Charakter beilegt und selbiges als ein in der Person des Thäters liegendes Thatbestandsrequisit behandelt. Dies führt dahin, daß bezüglich der Delikte des §. 244 u. s. w. ganz das Nämliche gelten muß, was der allgemeine Theil des Strafgesetzbuchs über die Theilnahme an einem Delikte, über den Versuch eines solchen u. s. w. bestimmt. Hieraus folgt aber gleichzeitig, daß es, soviel insbesondere die hierher gehörige Anwendung der in §. 47 ff. enthaltenen Grundsätze betrifft, nicht bedenklich fallen kann, die Strafe eines Gehülfen bei einem schweren Diebstahle, dafern in ihm die Rückfallsvoraussetzungen der §§. 244, 245 sich vereinigen, nach §. 244 in Verbindung mit §. 49 und §. 44 Abs. 4 zu bemessen und zwar ohne jedwede Berücksichtigung dessen, ob der Thäter (auctor physicus) lediglich unter §. 243 des nordd. Strafgesetzbuches falle oder nicht. Es entspricht ein solches Verfahren namentlich auch vollständig dem Grundsatze des §. 50 des nordd. Strafgesetzbuchs, nach welchem, wenn das Gesetz die Strafbarkeit einer Handlung nach den persönlichen Eigenschaften oder Verhältnissen desjenigen, welcher sie begangen hat, erhöht, diese besonderen Thatumstände dem Thäter oder demjenigen Theilnehmer, bei welchem sie vorliegen, zugerechnet werden sollen. Diese besonderen Thatumstände liegen in Fällen der vorliegenden Art in der Rückfälligkeit des Gehülfen; ihn hat daher eine Quote (§. 44 Abs. 4) der in §. 244 angedrohten Strafe ebenso zu treffen, wie der Gehülfe, welcher der nur nach §. 217 zu beurtheilenden Mutter ihres neu-

geborenen unehelichen Kindes bei dessen Tödtung Beihülfe leistet, wegen Beihülfe nicht zur Kindestödtung, sondern zu einem gemeinen Morde zu ahnden sein wird. Aehnliches gilt, wie auch schon angedeutet wurde, von denjenigen Fällen, in welchen der zur Beurtheilung vorliegende neue Diebstahl u. s. w. in den Grenzen des Versuchs geblieben war. Auch hier wird der Angeklagte dann, wenn nur sonst die Voraussetzungen der §§. 244, 245 u. s. w. bei ihm zutreffen, mit einer nach §. 244 u. s. w. verbunden mit §. 44 Abs. 4 auszuwerfenden Strafquote zu belegen sein, sowie dann beispielsweise auch der des Raubversuchs Angeklagte, dafern er bereits einmal als Räuber u. s. w. bestraft worden war, schlechterdings dem §. 250 sub 5 in Verbindung mit §. 44 zu unterstellen sein würde." (Kgl. sächs. Ob.-App.-Ger. 17. April 1871. S.G. 15 S. 153; 3. Juli 1871. S.G. 15 S. 205 und 17. Juli 1871. S.G. 15 S. 243).

Inland.

42. Der Angeklagte, welche wegen Diebstahls in Magdeburg, demnächst in Baden-Baden bestraft war, hat im Frühjahr und im August 1871 in Homburg und Frankfurt a. M. Diebstähle verübt. Der §. 244 ist gegen ihn für anwendbar erachtet: „Das Strafgesetzbuch für den nordd. Bund versteht unter Inland (nach Maßgabe des §. 8) zwar nur das zu diesem Bunde gehörige Gebiet, und das anderweit gefaßte Reichsstrafgesetzbuch ist erst mit dem 1. Januar 1872 Geltung erlangt. Allein in der vorliegenden Beziehung hatte das erstere Gesetzbuch schon in der Zwischenzeit, vor den von der Angeklagten im August 1871 verübten Diebstählen eine Aenderung erlitten.

Durch die mit den süddeutschen Staaten vereinbarte Verfassung des deutschen Bundes (Reiches) war bestimmt worden, daß eine Reihe von Gesetzen des norddeutschen Bundes — darunter das Strafgesetzbuch — zu angegebenen Zeitpunkten in den gedachten Staaten mit der Wirkung eingeführt werden solle, daß, wo in diesen Gesetzen von dem norddeutschen Bunde x. die Rede ist, der deutsche Bund und dessen entsprechende Beziehungen zu verstehen seien. Diese Bestimmung hat das Reichsgesetz vom 16. April 1871 §. 2 in Kraft erhalten, daneben aber in Abs. 2, ohne Angabe eines Zeitpunktes für die Wirksamkeit, die in Abs. 1 gedachten Gesetze für Reichsgesetze erklärt und verordnet, daß, wo in denselben von dem norddeutschen Bunde zc. die Rede ist, das deutsche Reich und dessen entsprechende Beziehungen zu verstehen seien.

Nach diesem Zusammenhange liegt kein Grund vor, die Geltung der letztgedachten Vorschrift innerhalb der Staaten des vormaligen norddeutschen Bundes erst von dem Zeitpunkt an zu datiren, mit welchem die fraglichen Gesetze in dem gesammten Reichsgebiete zur Wirksamkeit gelangen sollten. Vielmehr trat die fragliche Modifikation schon früher in Kraft, und war insbesondere das Strafgesetzbuch vom 31. Mai 1870 in dieser modifizirten Gestalt in seinem bisherigen Geltungsgebiete zur Anwendung zu bringen. Von dieser Annahme gehen auch die Motive zu dem Gesetze, die Redaktion des Strafgesetzentwurfs für den norddeutschen Bund, als Strafgesetzbuch für das deutsche Reich betreffend, vom 15. Mai 1871 aus. (Stenographische

Berichte zu den Reichstagsverhandlungen von 1871 Bd. III. Anlage S. 207.) Danach haben also die Vorinstanzen mit Recht angenommen, daß das Großherzogthum Baden, gegenüber den Staaten des vormaligen norddeutschen Bundes, vor den im August 1871 stattgehabten Diebstählen der Angeklagten schon als Ausland nicht mehr zu betrachten gewesen, und somit bei Anwendung des §. 244 des Strafgesetzbuchs dem in jenem Staate gegen die Angeklagte erlassenen Straferkenntnisse die Bedeutung eines inländischen beizulegen sei.

In Betreff der im Frühjahr 1871 verübten Diebstähle der Angeklagten erscheint dagegen die Anwendung des §. 244 des Strafgesetzbuchs nicht gerechtfertigt, weil nicht erhellt, daß damals das Gesetz vom 16. April 1871 schon in Wirksamkeit getreten war.“ (Preuß. Ob.-App.-Ger. 14. Febr. 1872. G.A. 20 S. 81; vergl. Kgl. sächs. Ob.-App.-Ger. 24. April 1871. S.G. 15 S. 156, auch preuß. Ob.-Trib. 2. März 1871. O.R. 12 S. 130 G.A. 19 S. 412.)

Strafgesetzbuch. §. 245.

„Letzte Strafe.“ „Neuer Diebstahl.“

43. „Nach der Fassung des §. 245 l. c., welche den §. 244 nur dann ausschließt: „wenn seit der Verbüßung oder dem Erlasse der letzten Strafe bis zur Begehung des neuen Diebstahls zehn Jahre verflossen sind“ — kann es keinem begründeten Zweifel unterliegen, daß unter dem „neuen Diebstahl“ nur die zur Aburtheilung kommende That, unter der „letzten Strafe“ nur die unmittelbar vorausgegangene zu verstehen ist. Dieser klaren Wortfassung gegenüber sind die Gründe, welche den ersten Richter zu einer abweichenden Deutung bestimmt haben, nach §. 46 der Einleitung zum A. L.-R. an sich nicht von Gewicht. Sie sind aber auch nicht zutreffend. Es ist nicht anzuerkennen, daß das Rückfälligkeitsprinzip der §§. 60, 219 des preuß. Strafgesetzbuchs in die §§. 244, 245 des deutschen Strafgesetzbuchs übergegangen sei, da die Fassung dieser Bestimmungen von der letzten Fassung des §. 219 cit. wesentlich abweicht und sich an die analoge Bestimmung des preußischen Strafgesetzbuchs nicht einmal anlehnt. Diese abweichende Redaktion war mit bedingt durch die Nothwendigkeit, die Voraussetzungen des Rückfalls, welcher als allgemeiner Strafschärfungsgrund aufgegeben und deshalb im allgemeinen Theil nicht behandelt war, bei denjenigen Strafthaten, bei denen er noch in Betracht kommt, speziell festzustellen. Es wären daher auch die Grundsätze der §§. 60, 219 des preußischen Strafgesetzbuchs in der neuen Redaktion unbedenklich zum Ausdruck gebracht worden, wenn die Festhaltung derselben beabsichtigt worden wäre. —

Wenn ferner der erste Richter daraus, daß das deutsche Strafgesetzbuch im Allgemeinen mildere Strafen androhe als das preußische, einen Grund für seine Ansicht entnimmt, so ist dies nicht gerechtfertigt, da die prinzipielle Milde der Gesetzgebung den Richter nicht ermächtigt, klare und

positive Bestimmungen, weil sie vermeintlich diesem Prinzipe nicht entsprechen, außer Acht zu lassen. Auch ist eine Vergleichung mit dem preußischen Strafgesetzbuche nach dieser Richtung unzutreffend, weil das deutsche Strafgesetzbuch nicht allein an die Stelle des preußischen, sondern auch an die Stelle einer Reihe anderer Gesetzbücher getreten ist. Endlich kann die vermeintliche ratio legis nicht eine den unzweifelhaften Dispositionen des Gesetzes widersprechende Auslegung begründen." (Preuß. Ob.-Trib. 10. Jan. 1872. O.R. 13 S. 22. G.A. 20 S. 109; vergl. preuß. Ob.-App.-Ger. 11. Okt. 1871. J.M.Bl. S. 256. G.A. 19 S. 763. O.R. 12 S. 503.)

Rechtsprechung des Reichs-Oberhandelsgerichts.*)

Zum Handelsgesetzbuch.

Art. 336.

Verkauf ab fremden Plätzen.

103. Die Kläger, welche in Holland wohnhaft sind, hatten von den Bekl. eine Ladung Rundfische ab Wardoe oder Vadsoe (in Finnmarken), mit dem Schiffe K. B. nach Vlaardingen oder Rotterdam zu verladen, gekauft. Nach Ankunft der Ladung stellten sie dieselbe zur Disposition, u. A. deswegen, weil die Fische schwarz gefärbt und nur für den italienischen Markt geeignet, dagegen in Holland nicht gangbar seien. Sie stützten sich dabei wesentlich darauf, daß nach Art. 336 H.-G.-B. die auf den Gegenstand des vorliegenden Handels bezüglichen holländischen Geschäftsauffassungen als in allen denjenigen Beziehungen unter den Parteien maßgebend behandelt werden müßten, über welche bei Eingehung des Geschäfts keine besonderen Verabredungen getroffen seien. Das Ob.-H.-G. hat diese Argumentation verworfen. „Anlangend zuvörderst den Art. 336 des Handelsgesetzbuchs, so redet derselbe nur von den am Erfüllungsorte bestehenden äußeren Faktoren, welche bei der näheren Bestimmung Desjenigen, was auf Grund eines Vertrages zu leisten ist, im Zweifel zur Anwendung zu bringen sind (Maaß, Gewicht, Münzfuß 2c.), nicht aber enthält er die allgemeine Regel, daß im Zweifel auch der Kontrakts-Inhalt selbst, insbesondere insofern es auf den Gegenstand der Leistung ankommt, unter Zugrundelegung der Auffassungen des Erfüllungsortes auszulegen sei. So naheliegend und in den maßgebenden Umständen begründet die Bestimmung des Art. 336 in der ihr zufolge des so eben Bemerkten beizulegenden Beschränkung ist, ebenso bedenklich würde es sein, die derselben von den Klägern beigemessene Wirksamkeit anzuerkennen. Es bedarf indessen hier eines näheren Eingehens auf diesen Punkt nicht, da im vorliegenden Falle der Art. 336, selbst bei der von den Klägern ihm gegebenen Auslegung, doch nicht zu dem von denselben beabsichtigten Ergebnisse führen würde. Denn, wie keinem Zweifel unterliegt, so bildeten den Ort, an welchem die Beklagten den mit den Klägern geschlossenen Kontrakt zu erfüllen hatten, die Abladeplätze in Finnmarken, Wardoe und Vadsoe, nicht aber Vlaardingen oder Rotterdam, wie denn auch demgemäß der für die Kontrakts-Erfüllung in Wirksamkeit kommende Gewichts-Faktor hier nicht auf holländische Pfunde

*) Diese Zusammenstellung ist Anfangs September abgeschlossen.

(Kilogramme), sondern auf das norwegische Gewichtsmaaß (Veg) unter den Parteien festgesetzt worden ist.

Indessen auch abgesehen von dem Art. 336 ist es unthunlich, mit den Klägern, und im Wesentlichen auf dem Grunde der Argumentation des Handelsgerichts, unter der Voraussetzung, daß bei einem unter Holländern über in Holland zu liefernde Fische geschlossenen Geschäft schwärzlich oder schwarz gefärbte Fische aufgeschossen werden dürften, das Gleiche auch in dem Falle eintreten zu lassen, in welchem zwischen einem Holländer und einem Ausländer über eine vom Auslande nach einem holländischen Hafen auszuführende Abladung contrahirt worden ist. — Das Platzgeschäft wird ohne Zweifel durch die lokalen Auffassungen in den Punkten näher bestimmt, über welche die Contrahenten Besonderes nicht vereinbart haben; das Abladegeschäft ab fremden Plätzen wird dagegen durch jene Auffassungen nicht beherrscht. Auf das letztere können dem Platzgeschäft fernliegende Umstände mancherlei Art, darunter insbesondere die Eigenthümlichkeiten des Produktions- und Ablade-Ortes der betreffenden Waare sehr erheblich einwirken; außerdem schließt auch schon einigermaßen die Ungewißheit, ob die zu verladende Waare in dem Destinationsplatze selbst Verwendung finden, oder eine andere Bestimmung erhalten werde, die Zugrundelegung der in Rede stehenden Auffassung aus." (26. Mai 71. M. II. 76; St. III. 14; C. I. 145.)

Art. 337. 338.

Begriff des Kauf- und Lieferungsvertrages.

104. „Man kann immerhin mit dem Gericht zweiter Instanz ungeachtet des Ausdruckes Commissionszettel annehmen, daß bei der gedachten Bestellung und ihrer Annahme die Parteien ein Kaufgeschäft intendirt haben." (30. Sept. 71. M. III. 61; St. III. 77; C. II. S. 46.)

105. Im vorliegenden Fall hatten sich die Kläger (Franzosen) als Kommissionäre in Kurzwaaren bezeichnet und sich eine als Kommission bezeichnete Gebühr von 5% des Fakturabetrages bedungen. Das Ob.-H.-G. hat gleichwohl aus dem thatsächlichen Inhalt der Abreden gefolgert, daß das Geschäft ein Lieferungsvertrag sei. Die Ausbedingung einer Kommission ändere hieran Nichts. Denn wenngleich dieses dem in Deutschland üblichen Ausdruck Provision entsprechende Wort allerdings zunächst auf eine Vergütung für die Mühe der Besorgung, somit auf ein für fremde Rechnung geschlossenes Geschäft deutet, so kann doch auch bei dem Lieferungsgeschäft auf eigene Rechnung der Kaufpreis in der Weise vereinbart sein, daß der Verkäufer zu dem fest bedungenen oder noch zu ermittelnden Selbstanschaffungspreise einen Zuschlag als Entgelt für die jedem Handelsbetriebe inne wohnende Vermittlerthätigkeit empfängt und so die Elemente der im Handel üblichen Preisbestimmung statt, wie gewöhnlich, in Einer Summe combinirt, auseinander gelegt werden. (Vgl. auch L. 13, § 24 de A. E. V. 19, 1. L. 7. § 1, 2. L. 37 de C. E. (18, 1). — 15. Juni 71. M. III. 7; St. III. 22; C. I. 184.)

106. Ein Vertrag über die Lieferung von Maschinen oder Maschinentheilen ist im Allgemeinen kein Vertrag über eine Quantität vertretbarer

Sachen im Sinne des Art. 338. Daher finden hier nicht die Grundsätze vom Handelskauf, namentlich nicht die Art. 347 fgg. Anwendung, sondern die Grundsätze des bürgerlichen Rechts über die Werkverdingung. (12. Mai 71. M. II. 68; St. II. 37; C. I. 70.)

107. Die Werkverdingung des preußischen Rechts (A.-L.-R. I. 11. § 925 fgg.) läßt sich weder als Lieferung noch als Kauf ansehen und es finden auf sie die Vorschriften über den Handelskauf, namentlich Art. 347 keine unmittelbare Anwendung. Man darf aber nicht in all den Fällen eine Werkverdingung annehmen, in welchen nach der Absicht der Kontrahenten der von dem einen Theil der andern Partei zu gewährende Gegenstand erst anzufertigen ist. „Entscheidend ist vielmehr, ob nach dem Parteiwillen diese Anfertigung als der Hauptgegenstand des Vertrages erscheint, oder — ob die Ablieferung der angefertigten Sache dergestalt in den Vordergrund tritt, daß der Besteller auf die Anfertigung durch den andern Theil keinen oder nur einen oberflächlichen Werth legt, eine gewisse Vertretbarkeit der Leistung mithin als gewollt sich darstellt. In den Fällen der letzteren Art muß der Vertrag, weil alle Erfordernisse des Kaufs vorliegen, während die Merkmale, welche die Werkverdingung auszeichnen, in den Hintergrund treten, als Kaufvertrag angesehen und den über den Kauf geltenden Bestimmungen unterworfen werden." (7. Nov. 71. C. I. 179.)

Art. 338.

Bestimmtheit des Objekts.

108. „Ungefähr 1000 Stück Säcke" ist keine ungenügende Bezeichnung des Kaufobjekts. Der Zusatz bedeutet, daß nur eine verhältnißmäßig unbedeutende Abweichung von der Zahl 1000 gestattet sein solle. Ueber die Grenze der zulässigen Mehr- oder Minderlieferung entscheidet billiges Ermessen des Richters, event. mit Hülfe Sachverständiger. (15. Okt. 70. M. I. 14; St. II. 25; C. I. 48.)

Art. 339.

Kauf auf Probe

109. Die Behauptung des Beklagten, daß ein Kauf auf Probe geschlossen sei, enthält gegenüber dem vom Kläger behaupteten festen Kauf eine negative Litiscontestation. Dem Kläger liegt demnach die Beweislast in Betreff seiner Behauptung ob. (4. Nov. 71. M. IV. 23.)

Kauf auf Probe und Kauf zur Probe.

110. „Zu den nicht schlechthin klaren und gemeinverständlichen Ausdrücken gehört der „Kauf zur Probe" im Unterschied von dem „Kauf auf Probe". Das Handelsgesetzbuch definirt den Kauf „zur Probe" als „unbedingten Kauf unter Hinzufügung des Beweggrundes", den Kauf „auf Probe" als einen „Kauf unter der aufschiebenden Bedingung, daß der Käufer die Waare prüfen und genehmigen werde." Art. 341, 339. Die Richtigkeit

dieser Definition war vor dem Handelsgesetzbuch keineswegs eine ausnahmslos anerkannte. — Vgl. Motive zum Preuß. Entwurf S. 137. — Und noch jetzt hält der gewöhnliche Sprachgebrauch beide Begriffe nicht scharf auseinander. Mißverständlich wird der Ausdruck „zur Probe" nicht selten für „auf Probe" gebraucht. — Vgl. v. Hahn, Commentar, Bd. II. S. 200 Not. 1. — Und diese noch nicht geschwundene Ausdrucksweise des geschäftlichen Verkehrs macht die Interpretationsregel des Art. 341 zu einer nicht schlechthin anwendbaren. Letztere kann namentlich dann die Ergründung des wahren Inhalts des Abschlusses, also der Willensmeinung der Contrahenten nicht ausschließen, wenn deren Lebensstellung und Bildungsgrad dafür spricht, daß sie sich der juristisch-correcten Unterscheidung jener Ausdrücke bei der Prüfung der Kontraktsfassung nicht bewußt gewesen." (13. April 71. M. II. 45; St. III. 7.)

Art. 339 (335).

Spezieskauf. Kauf auf Besicht.

111. Beklagter hat 400 Exemplare eines vom Kläger herausgegebenen Handelsgesetzbuches bestellt und will dieselben wegen schlechter Beschaffenheit von Druck und Papier, unter Berufung auf Art. 335 nicht abnehmen. Der Einwand wurde verworfen. Zwar ist Art. 335 nicht deswegen unanwendbar, weil es sich um einen Spezieskauf handelt. Allein hier liegt ein Kauf auf Besicht vor, da dem Beklagten bei Abschluß des fr. Kaufvertrages entweder, wie Kläger behauptet, ein vollständiges Exemplar oder doch (wie Beklagter sagt) ein Bruchstück desselben zur Einsicht vorgelegen hatte. „Der Beklagte war demnach in die Lage gesetzt, den Kaufgegenstand zu besichtigen, und konnte bei auch nur oberflächlicher Prüfung die von ihm behaupteten Mängel wahrnehmen. Hat der Beklagte die Besichtigung vorgenommen, so hat er sich mit der ihm — auch in der fraglichen Beziehung — kund gewordenen Beschaffenheit der Waare zufrieden gegeben; und hat er die ihm mögliche Besichtigung unterlassen, beziehungsweise versäumt, die Vorlage eines vollständigen Exemplars zu verlangen, so kann er nicht aus seiner eigenen Nachlässigkeit das Recht ableiten, die, wenn überhaupt vorhandenen, jedenfalls offen vorliegenden Mängel zur Anfechtung des Kaufvertrages geltend zu machen." (17. Nov. 71. M. IV. 7).

Art. 340.

Kauf nach Probe.

112. a. Die Vorlegung einer Probe kann die Bedeutung haben, daß unter der Bedingung der Probemäßigkeit verkauft sein solle; in den Protokollen S. 4589 ff. ist darauf hingewiesen, daß dies namentlich beim Verkauf schwimmender Güter häufig vorkommt.

b. Die Vorlegung kann unter Umständen auch blos geschehen, weil die Erwartung gerechtfertigt ist, daß die Waare nicht wesentlich von der Probe differire. Namentlich im vorliegenden Fall konnte diese Absicht sehr wohl zu Grunde liegen. Kläger hatte dem Beklagten seinen Waizeneinschnitt, also eine res futura verkauft und dabei Proben vorgelegt, die ein Gewicht von

84 Pfund per Scheffel hatten. „In dieser Erwartung hat vielleicht der Beklagte des Klägers Offerte angenommen; und wenn er darin sich getäuscht gesehen, so hat er bei einem unbedingt und ohne alle Garantieübernahme abgeschlossenen Handel nur dann einen Anspruch gegen den Verkäufer, wenn dieser doloser Weise ihn in eine nicht gerechtfertigte Erwartung versetzte, wenn also die Probe gar nicht einmal aus dem gedroschenen Waizen entnommen war, oder aber der Verkäufer absichtlich den besseren Theil der Waizenernte zuerst gedroschen hatte, und Solches dem Käufer verschwieg."

c. Behauptet der Beklagte auf die Kaufklage, daß ein Kauf nach Probe geschlossen sei, so hat er die Beweislast, mindestens wenn es sich um eine Spezies handelt*). (29. Juni 71. M. II. 94; St. III. 29.)

Kauf nach Probe. Beweislast in Betreff der Probemäßigkeit.

113. Der Verkäufer muß, soweit ihm überhaupt der Beweis der Erfüllung obliegt, auch den Beweis führen, daß die dem Käufer angebotene Waare der Probe entspricht. Die Beweislast wird nicht verändert, wenn der Käufer den Kaufpreis vorgeleistet hat und demnächst die Waare als nicht probemäßig zurückweist und auf Rückzahlung des Kaufgeldes klagt. (4. April 71. M. II. 42; St. II. 21; C. I. 79.)

Art. 342.

Baarkauf.

114. „Bekanntlich ist der Abschluß eines Kaufes im Zweifel als erfolgt anzusehen, wenn die Contrahenten ihr Einverständniß über Waare und Preis bekundet haben. Hat sich die den Vertragsabschluß vorbereitende Verhandlung zugleich auf Normirung der Zeit und Modalität der Zahlung erstreckt, es ist jedoch eine Einigung in dieser Beziehung nicht herbeigeführt worden, so wird allerdings der Regel nach der Mangel allseitigen Einverständnisses über die in den Bereich der Verhandlung gezogenen Verhältnisse den Abschluß des ganzen Geschäfts vereiteln. Ganz anders gestaltet sich aber die Sache, wenn die Contrahenten, der mangelnden Einigung über jene Nebenpunkte ungeachtet, durch Uebergabe der Waare auf der einen und deren Empfangnahme und sogar Verwendung auf der anderen Seite den Kauf thatsächlich zur Vollziehung gebracht haben. Die Contrahenten haben sich solchenfalls, soweit ein Einverständniß nicht zu Stande gekommen ist, den einschlagenden gesetzlichen Bestimmungen (Art. 342 Abs. 3) unterworfen, wonach im Mangel rechtsgültiger diesfallsiger Vereinbarung der Kaufpreis baar bei Uebergabe der Waare zu entrichten ist." (24. Sept. 71. M. I. 5; St. I. 4; C. I. 33.)

Sconto.

115. Daß die vom Beklagten behauptete Scontobewilligung auf den Kaufpreis der fr. Säcke — keine Negation des Klagefundaments, sondern vielmehr eine selbstständige Einrede darstellt, ergiebt sich schon aus Art. 342, 3. (15. Okt. 70. M. I. 14; C. I. 48.)

---

*) Ueber den Genuskauf s. die Anmerkung des Referenten in M.

Art. 343.

Niederlegung. Oeffentlicher Verkauf.

116. a. „In Erwägung, daß Art. 343 den Verkäufer im Fall des Empfangsverzuges des Käufers nur berechtigt, nicht verpflichtet, die Waare auf Gefahr und Kosten des Käufers bei einem Dritten oder in einem öffentlichen Lagerhause niederzulegen, der Appellationsrichter also rechtlich nicht geirrt hat, wenn er annimt, daß Kläger den fr. vom Beklagten nicht abgenommenen Weizen auf seinen eignen Speicher habe niederlegen ... dürfen — —"

b. Beklagter hat bestritten, daß der in Folge seines Annahmeverzuges öffentlich verkaufte Weizen identisch mit dem gewesen, welchen Kläger ihm gekündigt hatte. Das Ob.-H.-G. hat angenommen, daß es auf diese Identität nicht ankomme, da ein Genuskauf vorliege, auch nicht etwa in Folge der Ankündigung das Genus specialisirt worden sei. (Vgl. unten Nr. 195) 27. Juni 71. M. II. 91; St. II. 66; C. I. 119.

Art. 343, 357.

Ort des Verkaufs.

117. Das im Artikel 343 und 357 dem Verkäufer eingeräumte Recht, bei einem Annahmeverzuge des Käufers Waaren, die einen Börsen- oder Marktpreis haben, durch einen Handelsmäkler zum laufenden Preise verkaufen zu lassen, muß am Erfüllungsort ausgeübt werden. — Im vorliegenden Fall war das klagende Bankhaus befugt, die Abnahme der Waare nach seiner Wahl, entweder in Frankfurt oder in Nürnberg zu fordern; nachdem aber einmal Frankfurt gewählt worden, mußte es hierbei verbleiben und die Beklagte braucht den in Nürnberg erfolgten Verkauf nicht als für ihre Rechnung geschehen anzuerkennen. (27. Febr. 72. M. V. 39.)

Art. 343.

Empfangnahme. Verkaufsselbsthülfe.

118. a. „Der Art. 343 redet nicht von der Uebergabe, sondern von der Empfangnahme, während umgekehrt Art. 354 nicht die Empfangnahme, sondern die Uebergabe hervorhebt. Dieser Wechsel im Ausdruck weist darauf hin, daß der Gesetzgeber den kaufmännischen Sprachgebrauch beachtet hat, der im Kaufhandel zwischen Empfangnahme und Uebergabe scharf unterscheidet und des Ausdruckes Empfangnahme sich nur dann bedient, wenn der Empfänger oder sein Stellvertreter zugleich im Stande war, die Waare und deren Empfangbarkeit zu prüfen. Dieser kaufmännische Sprachgebrauch ist sichtbar auch in den Art. 342, 351, 352 bezw. 346 sorgfältig berücksichtigt. Es ist hiernach falsch, wenn der Appellationsrichter dem Art. 343 die Voraussetzung unterlegt, daß die Waare noch nicht übergeben sei und ihn deswegen im vorliegenden Fall nicht anwenden will, weil die Waare vom Verkäufer bereits dem Frachtführer ausgehändigt worden und hierdurch nach den (sonst in Betracht kommenden) Vorschriften des preuß. Landrechts I. 11. 128 ff. die Uebergabe an den Käufer vollzogen sei.

b. Voraussetzung für die Anwendbarkeit des Art. 343 ist, daß der Käufer mit der Empfangnahme im Verzuge sei. Diese Voraussetzung steht im vorliegenden Fall thatsächlich noch nicht fest. „Zugegeben, die Implorantin (Verkäuferin) sei nach dem Vertrage verpflichtet gewesen, auf Verlangen der Imploratin (Käuferin) die Waare nach Schönebeck abzusenden, so wurde doch die Implorantin von der Erfüllung dieser Verpflichtung befreit, nachdem die Imploratin, wie sie zugesteht, die nach Leipzig transportirte und hier lagernde Waare für nicht empfangbar erklärt und ihre Annahme wegen vertragswidriger Beschaffenheit verweigert hatte. Die Weigerung machte nicht allein den weitern Transport von Leipzig nach Schönebeck nutzlos, sondern es würde derselbe auch sichtbar dem Interesse beider Theile widersprochen haben. In ihr lag sogar die bestimmte Erklärung, daß der Weitertransport der offerirten Waare nicht verlangt werde. Durch sie gerieth daher die Imploratin auch mit der Empfangnahme in Verzug, sofern die Waare in der That empfangbar, die Weigerung also unbegründet war. Ueber die Empfangbarkeit der Waare wird aber unter den Parteien gestritten.“ Hierüber ist daher noch Beweis zu erheben.

c. Wenn im Fall des Art. 343 der Verkauf einem Handelsmäkler aufgetragen wird, so muß dies ein amtlich bestellter vereideter Handelsmäkler im Sinne des Art. 66 sein. (14. Nov. 71. M. IV. 4.)

Art. 344.

Sorgfalt des Verkäufers bei der Uebersendung.

119. Am 29. Juli 1870 empfing Klägerin (zu Bremen) vom Agenten der beklagten Handlung eine am 28. Juli abgesandte telegraphische Bestellung auf 200 Sack Reis. Das Telegramm enthielt die Clausel: „wenn morgen an Militärproviantamt Mannheim verladbar.“ Klägerin acceptirte telegraphisch und gab noch am 29. Juli die 200 Sack zum Transport auf. Die Verladung in Bremen geschah im Einverständniß mit der Klägerin in offenen Wagen. Die Waare langte am 6. September in beschädigtem Zustande an; wie sich ergab, waren die Wagen, in denen dieselbe verladen war, mit nicht ausreichenden Decken versehen. Es fragt sich, ob die Beschädigung der Klägerin oder der Beklagten zur Last falle. Die Instanzrichter haben Ersteres angenommen, von der Auffassung ausgehend, die erwähnte Clausel des Bestellungstelegramms enthalte eine doppelte Bedingung: „wenn morgen verladbar“ — und „wenn so verladbar, wie Reis regelmäßig verladen zu werden pflegt“, d. h. in bedeckten Wagen. Anders das Ob.-H.-Ger. Die Bestellung habe überhaupt nur eine Bedingung hinsichtlich der Zeit der Verladung gemacht, über die Verladungsart sei Nichts bedungen, hier habe also Klägerin gemäß Art. 344 nur die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes zu prästiren gehabt. Gegen diese Verpflichtung hat Klägerin aber nicht gefehlt. Ende Juli 1870 war in Folge des Kriegsausbruches notorisch der gesammte Privatgüterverkehr auf den deutschen Bahnen sistirt. Es steht fest, daß sich dies auch in Bremen so verhalten hat. Da anzunehmen ist, daß Beklagter von diesen Verhältnissen Kenntniß gehabt hat, so kann die obige Clausel nur in dem Sinne gemeint gewesen sein: „so verladbar, wie unter den damaligen Verhältnissen Reis in Bremen zur Verladung gelangte.“ —

Ja wäre selbst Beklagter in Unkenntniß über die in Bremen obwaltenden Transportverhältnisse gewesen, so würde der Irrthum der Beklagten und nicht der Klägerin zum Nachtheil gereichen. — Nach Inhalt des obigen Telegramms hatte Klägerin keine Veranlassung erst nochmals über die Transportart anzufragen oder der Bekl. anzuzeigen, daß keine bedeckten Wagen zu haben seien. Ebensowenig hatte Klägerin Pflicht oder Anlaß, für eine andere als die von der Eisenbahnverwaltung getroffene Art der Bedeckung der offenen Wagen Sorge zu tragen. „Denn nur die gehörige Uebersendung liegt bei Distanzkaufgeschäften dem Verkäufer ob; diese aber schließt im Zweifel lediglich die Ueberlieferung der gehörig verpackten Waare an den Frachtführer ein, nicht auch die Sorge für gehörige und schützende Verladung durch den Frachtführer. Hat die Eisenbahnverwaltung wider Gesetz, Reglement oder Vertrag gefehlt, so ist sie, nicht auch der absendende Verkäufer, dafür verantwortlich. Durfte, wie die vorstehende Ausführung ergiebt, Widerbeklagte sich mit der Verladung des Reis in offenen Wagen einverstanden erklären, so hatte lediglich die Eisenbahnverwaltung, nicht Widerbeklagte, die auch bei offenen Wagen mögliche und erforderliche Bedeckung zu beschaffen. Ohnehin lag Ende Juli 1870 die Voraussetzung, daß eine durchaus genügende Bedeckung offener Wagen zu beschaffen war, sehr ferne, und Sache der Beklagten wäre es gewesen, falls sie solche begehrte, die Klägerin oder die Eisenbahnverwaltung mit den erforderlichen Instruktionen zu versehen." 12. Sept. 71. M. III. 21; St. III. 52.

Art. 344.

Sorgfalt. Transportgefahr.

a. Bei Waaren, welche dem Käufer von einem andern Ort übersendet werden sollen, gilt der Verkäufer als beauftragt, mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes die Bestimmung bezüglich der Transportmodalitäten statt des Verkäufers zu treffen. Durch richtige Absendung der Waare hat demnach der Verkäufer seinerseits den Kauf erfüllt.

b. Die Anführung, daß die Sendungen der Waare durch die dazu beauftragten Verwalter der klägerischen Schloßmühle an den Beklagten nach Dresden erfolgt seien, und zwar von G. aus auf der Eisenbahn, ist in dieser Hinsicht genügend bestimmt, sie verliert auch dadurch nichts an Erheblichkeit, daß die Uebergabe an die Eisenbahn „nicht am Orte der Handelsniederlassung der Klägerin erfolgt sein soll. Denn ihren Angaben zufolge hat sie, wie nicht anders anzunehmen ist, den Transport von dem Orte ihrer Niederlassung aus bis zur Uebergabe an die Eisenbahn in Gogolin durch ihre Leute oder sonstige, in ihrem Namen handelnde Stellvertreter besorgt. Deshalb war sie zwar nicht ohne Weiteres von dem Zeitpunkte der Absendung der Waare, wohl aber von dem Momente des Ueberganges derselben an die Eisenbahn, sofern nur dieser Uebergang mit dem Auftrage der Beförderung an Beklagten verbunden wurde, von jeder weiteren Vertretung der Transportgefahr liberirt." (19. Nov. 70. M. I. 35; St. I. 30; C. I. 6.)

Art. 345.

Gefahr bis zum Erfüllungsort.

121. A war Erfüllungsort, bis hierher hatte Verkäufer die Gefahr zu tragen. Hieran wird auch dadurch nichts geändert, daß übereinkunftsgemäß der Käufer die Kosten des Transports übernommen hatte. (22. Juni 71. M. II. 99; St. III. 24.)

Art. 346.

Verkauf reisender Waaren.

122. M. in Worms hat von Sch. & H. in Mainz am 24. Jan. 105 Faß Petroleum gekauft unter der ausdrücklichen Bedingung, „daß dieselben mit dem am 23. Jan. von Antwerpen abgegangenen Specialzuge verladen seien.“ Käufer verweigern die Annahme von 70 Faß, in Betreff deren diese Bedingung nicht erfüllt sei. Verkäufer erwidern, daß sie hinsichtlich dieser 70 Faß in gutem Glauben gewesen und daß die Beförderung derselben nur deshalb nicht stattgefunden habe, weil in Folge der Kriegsereignisse die Spezialzüge plötzlich unterbrochen worden seien. — Aus den Gründen: „Ist nun richtig, daß nur eine bereits auf dem Transporte befindliche Waare Gegenstand des Kaufes war, und hat Verkäuferin die Verpflichtung übernommen, eine solche Waare zu liefern, so genügte sie offenbar ihrer Vertragspflicht nicht, wenn sie eine Waare anbot, bei welcher diese Voraussetzung nicht zutraf; mithin durfte ihr der Einwand des nichterfüllten Vertrages entgegengehalten werden.

Es beruht auf Verkennung der maßgebenden rechtlichen Grundsätze, wenn das angefochtene Urtheil Werth darauf legt, daß 1) Verkäuferin sich im guten Glauben befunden habe, es sei die Waare bereits verladen und abgegangen, daß ferner 2) ohne Dazwischentreten einer höheren Gewalt dies auch wirklich geschehen sein würde. Weder der gute Glaube noch der Eintritt höherer Gewalt können bewirken, daß die Natur der Vertragsbedingungen sich ändere und an Stelle der eingegangenen Verpflichtung eine andere trete.“ (23. Jan. 72. M. V. 9.)

Schwimmende Waare.

123. a. „Im Allgemeinen ist es nicht zu bezweifeln, daß der Käufer einer erst zu verladenden, resp. einer schon verschifften („schwimmenden“) Waare nicht verbunden ist, eine andere Waare als zur Erfüllung des Handels geeignet gelten zu lassen, als diejenige, in Betreff welcher die vereinbarte Verladungszeit, der festgestellte Verschiffungsweg, sowie, wenn ein bestimmtes Schiff als das die Waare transportirende im Kontrakt oder durch spätere Anzeige bezeichnet worden sein sollte, die Verladung in jenem Schiffe eingehalten worden sind. Auch braucht der Käufer, welcher wegen Nicht-Uebereinstimmung des Hergangs mit dem Inhalte der kontraktlichen Feststellungen die Annahme der ihm offerirten Waare verweigert, keine Gründe für seine Weigerung anzugeben. Es leuchtet denn auch von selbst ein, daß die Abladungs-

zeit, die Verschiffungsart, die Wahl des einen oder anderen Schiffes auf das Ergebniß des Geschäfts den erheblichsten Einfluß haben können. Unter Umständen können sogar schadenbringende Ereignisse, welche die Waare auf dem kontraktlichen Wege getroffen haben, oder dieselbe, wenn sie kontraktlich verschifft worden wäre, getroffen haben würden, für den Käufer von Nutzen sein, wenn nämlich der Stand der Preise zur Zeit der wirklichen, resp. der zu erwarten gewesenen Ankunft der Waare das Geschäft zu einem verlustbringenden macht. Der durch ein cassuelles Ereigniß, resp. durch Unregelmäßigkeit der Kontraktserfüllung des anderen Theils dem Käufer abgenommene Verlust darf ihm nicht dadurch wieder zur Last gebracht werden, daß dem Verkäufer gestattet wird, anderweitig angeschaffte, resp. kontraktwidrig verschiffte Waare ihm aufzunöthigen."

b. Im vorliegenden Fall handelte es sich um Baumwolle, die in Südamerika (Laguayra) abzuladen und nach Hamburg bestimmt war. In der Schlußnote war zwar das Schiff Johannes genannt, durch welches die Waare verschifft werden sollte, es war aber hinzugefügt: „und (oder) andere Schiffe". Danach stand dem Verkäufer die Wahl jeder anderen ordentlichen Schiffsgelegenheit offen. Eine solche ist namentlich auch die indirekte Verschiffung via Liverpool. (8. Sept. 71. M. III. 49; St. III. 44.)

Art. 347.

Begrenzung auf Kaufverträge.

124. Art. 347 ist nicht auf solche Waarenlieferungen anwendbar, die nicht in Folge eines Kaufgeschäftes, sondern in Folge einer Vereinigung zu einzelnen Handelsgeschäften für gemeinschaftliche Rechnung (Art. 266) von einem Socius an den anderen geschehen. (22. Dezbr. 71. M. IV. 68.)

Nichtanwendbarkeit auf Platzgeschäfte.

125. Art. 347 findet auf Platzgeschäfte keine unmittelbare Anwendung. „Die Frage, ob und inwieweit die nicht-sofortige Untersuchung der auf Grund von Platzgeschäften an Käufer überlieferten Gegenstände, resp. das Verschieben der Mittheilung über wahrgenommene Mängel auf spätere Zeit dem Käufer präjudicirlich seien, hängt falls nicht etwa besondere Umstände des konkreten Falles auf ein bestimmtes Ergebniß hinführen, von der ortsüblichen Behandlung des in Rede stehenden Punktes oder den bezüglichen Vorschriften des im Uebrigen giltigen bürgerlichen Rechtes ab." 2. März 71. M. II. 16; St. II. 15; C. I. S. 279.

Qualitäts- oder Quantitätsmangel.

126. Kläger hat gesunde und dreckfreie Kartoffeln zu liefern versprochen. Beklagte wollen Abzüge am Kaufpreise machen, weil sich viel Dreck an den Kartoffeln befunden. Verurtheilt pro petito. „In Erwägung, daß nach Inhalt des Schlußscheins vom 9. Oktober 1869 die Dreckfreiheit . . . nicht bloß den Netto-Gehalt des Gewichts, also die Quantität der Waare, sondern wie die Wortfassung des Schlußscheins („gesunde und dreckfreie Kartoffeln") außer Zweifel stellt, eine kontraktlich bedungene Qualität der

Kartoffeln bezeichnen soll dergestalt, daß wenn die vom Kläger gelieferten Kartoffeln diese Eigenschaft nicht hatten, Verklagte solche als kontraktwidrig zurückzuweisen berechtigt und nicht sich mit einem bloßen Abzuge am Preise zu begnügen verpflichtet waren, daß andrerseits aber auch die Verklagten nach Art. 347 H.-G.-B. diese angebliche kontraktwidrige Beschaffenheit, welche, wenn sie vorhanden war, sofort in die Augen fallen mußte, ohne Verzug nach der Ablieferung dem Kläger anzeigen mußten, und da sie dies versäumt, sich gefallen lassen müssen, daß die Waare als von ihnen genehmigt gilt;

in Erwägung, daß das Verlangen der Verklagten, resp. 15, 14, 10, 7, 6 Prozent für Dreck in Abzug zu bringen, um so unberechtigter und der den Handelsverkehr beherrschenden bona fides widersprechender ist, da sie die gelieferten Kartoffeln verbraucht haben und mit der Rüge der Kontraktwidrigkeit erst zu einer Zeit hervorgetreten sind, wo es eben durch den Verbrauch der Kartoffeln dem Kläger unmöglich gemacht war, eine Untersuchung darüber zu veranlassen und Beweis darüber zu führen, ob und in welchem Maaße die Rüge der Verklagten begründet gewesen oder nicht —" (21. Febr. 71. M. II. 10; St. I. 57; C. I. 43.)

Rüge von Quantitätsmangel.

127. „Beklagter hat Einwendungen gegen die ihm berechneten Quantitäten der erkauften Waaren erhoben, indem er geltend macht, die ihm zugegangenen Mehllieferungen hätten das nach Inhalt der Klagrechnung ihnen beigelegte Nettogewicht von durchschnittlich 150 Pfund für jeden Ballen nie gehabt. Es habe nämlich in Wirklichkeit der Ballen (oder Sack) stets nur 150 Pfd. Brutto, d. i. einschließlich des zur Versendung verwendeten Sackes, gewogen, auf welchen durchschnittlich ein Gewicht von 2 Pfd. ausfalle. Beklagter stützt darauf das Recht antheiliger Minderung des geforderten Kaufpreises. Die vorige Instanz hat in Uebereinstimmung mit dem ersten Richter in dem Einwande ein beachtliches theilweises Leugnen der Klage erblickt und mit Rücksicht hierauf der Klägerin den formulirten Relateid auferlegt. Klägerin fordert die Wegnahme dieses Eides, und diesem Verlangen war im Hinblick auf die konkrete Sachlage zu entsprechen. Denn es ergiebt sich zunächst aus der Klagbeifuge, daß Beklagter mit der klagenden Gesellschaft seit mehreren Jahren in ausgedehnter Geschäftsverbindung gestanden hat. Daß ihm während dieser Zeit in den ihm von der Klägerin übersendeten Specialrechnungen der Ballen jederzeit nach einem Gewicht von 152 Pfund Brutto = 150 Pfund Netto, in Ansatz gebracht worden sei, hat Beklagter ausdrücklich eingeräumt. Beklagter hat also, — dies ergiebt sich aus dem Zugeständniß selbst — gewußt, daß Klägerin von der Ansicht und Absicht ausging, durch die erfolgten Waarensendungen ihrer Lieferungspflicht allenthalben in der Weise, wie die in jedem Falle beigehenden Rechnungen ausweisen, nachzukommen. Traf diese Voraussetzung in Wirklichkeit nicht zu, so durfte Beklagter nach seiner geschäftlichen Stellung zu der Klägerin dieselbe nicht über das Ergebniß der bei Untersuchung der Waare gemachten Wahrnehmungen auf unbestimmte Zeit hinaus in Ungewißheit lassen. Gegenüber dem Umfang und der Dauer der bestandenen Geschäftsverbindung würde dem

Beklagten offenbar ein Verstoß gegen die Anforderungen des Prinzips von Treue und Glauben, der unerläßlichen Basis des Handelsverkehrs, zur Last fallen, hätte er, der bei jeder Sendung sich wiederholenden Defekte ungeachtet, ohne diesfalls nach Eingang der betreffenden Waarenposten Ausstellungen gegen die Klägerin zu erheben, die geschäftliche Verbindung fortgesetzt, gleichwohl das Recht auf weitere Verfolgung der angeblichen Waarenmancos nicht aufgegeben, sondern die diesfallsige Rüge auf den jetzt eingetretenen Zeitpunkt definitiver Auseinandersetzung zu verschieben bezweckt, einem Zeitpunkt, zu welchem, wie im gegenwärtigen Falle unbedenklich anzunehmen, die Waarensendungen auf Seiten Beklagtens ihre geschäftliche Bestimmung durch Verwendung bereits erfüllt haben, die Klägerin aber weder in der Lage sich befindet, über Grund oder Ungrund der Rüge ein sicheres Urtheil sich zu bilden, noch in gleicher Weise, wie früher der Fall gewesen sein würde, im Stande ist, auf Sicherung betreffender Beweismittel Bedacht zu nehmen.

Nun hat aber Beklagter — und dieses Moment ist entscheidend — darauf, daß er zur Wahrung seiner Rechte jederzeit nach Entdeckung des Mancos oder überhaupt in der Zeit vor der Klagerhebung der Klägerin von der Mangelhaftigkeit der einzelnen Lieferungen Anzeige gemacht habe, sich zu be iehen nicht vermocht. Bei dieser Sachlage kann er sich auf die angeblichen Mancos mit Erfolg nicht weiter berufen. Vielmehr hat die übersendete Waare im Sinne der durch die Fakturen angezeigten Modalitäten für empfangen, d. h. nach Art und Umfang ihrer Bestandtheile für genehmigt zu gelten. Deshalb stellt sich der gedachte Eid als entbehrlich dar." (19. Nov. 70. M. I. 35; St. I. 30; C. I. 6.)

Rüge von Kontraktwidrigkeiten.

128. Beklagter will den gewichtsweise verabredeten Kaufpreis für eine gelieferte Maschine nur in Höhe von 130 Ctr. zahlen, weil verabredet worden, daß die Maschine nicht mehr wiegen solle. Kläger hat 198 Ctr. in Rechnung gestellt, er leugnet die Erheblichkeit des behaupteten Abkommens, denn dem Beklagten sei schon zur Zeit der Lieferung der Maschine die Rechnung zugestellt worden und Beklagter habe darauf die Lieferung und Aufstellung widerspruchslos geschehen lassen. — Entscheidung zu Gunsten Klägers. „Wurde dem Beklagten — — das Vorhandensein eines um ein Bedeutendes schwereren Gewichts, als das nach seiner Behauptung vereinbarte, und zugleich die Absicht des Klägers kund gemacht, Zahlung für das volle Gewicht zu erlangen, so würde eine nicht zu statuirende Verletzung des kontraktlichen guten Glaubens darin gelegen haben, wenn der Beklagte den Kläger mit der Lieferung und Aufstellung der schwereren — vermuthlich auch werthvolleren und dauerhafteren — Maschine vorgehen ließ, ohne denselben zeitig davon zu benachrichtigen, daß er beabsichtige, die von jenem manifestirte Voraussetzung der Zahlungserlangung für das wirkliche Gesammtgewicht zu bestreiten. Indem der Beklagte so, wie angegeben, verfuhr, ließ er sich die Lieferung auf einer — falls seine Angabe über die in Rede stehende Vereinbarung begründet sein sollte — modifizirten Grundlage gefallen.' Art. 347 paßt hier zwar nicht unmittelbar, wohl aber seine Ratio, „welche darin besteht,

daß der Verkäufer vom Käufer darüber nicht in Ungewißheit gelassen werden soll, wenn Letzterer wegen Beanstandung der Kontrakts-Ausführung die vom Verkäufer beanspruchte Gegenleistung ganz oder theilweise zurückzuhalten beabsichtigt. Wie dem Verkäufer einer Waare durch den Artikel 347 die Möglichkeit verschafft werden soll, im Falle von Ausstellungen gegen die Leistung die seinem Interesse entsprechenden Maßregeln baldigst zu treffen, so hatte auch im vorliegenden Falle der Kläger das (für den Beklagten unverkennbare) Interesse, sein weiteres Verhalten dann zum Gegenstande besonderer Erwägungen zu machen, wenn der Beklagte die demselben angekündigte Voraussetzung der Lieferung nicht gelten lassen wollte." (16. Dez. 70. M. I. 43; C. I. 87.)

Vertragmäßige Beschaffenheit.

129. Behauptet der mit der Kaufklage belangte Käufer, daß ihm eine bestimmte Beschaffenheit der verkauften Waare zugesichert sei, so ist dies ein Leugnen des Klagegrunds, keine Exceptio. (20. Sept. 71. M. III. 54.)

Untersuchungspflicht. Anzeige. Dispositionsstellung.

130. Beklagter hat die Waare wegen einer Differenz zwischen dem fakturirten und dem angeblich verabredeten Preise am 28. Dezbr. 69 zur Disposition gestellt. Diese Dispositionsstellung fällt nicht unter Art. 347, andererseits aber durfte Beklagter die Erfüllnng der ihm nach Art. 347 obliegenden Verpflichtungen nicht bis zur Erledigung der vorliegenden Falles geringfügigen Preisdifferenz hinausschieben, vielmehr hätte er die Waare sofort nach der geständlich am 28. Dezbr. 1869 erfolgten Ablieferung ihrer Qualität nach untersuchen und event. dem Kläger die vorgeschriebene Anzeige machen müssen. Da er dies versäumt, so muß er sich gefallen lassen, daß die Waare als genehmigt gilt und er mit Einwendungen gegen die Qualität nicht mehr gehört wird. (13. Juni 71. M. II. 85; St. III. 21.)

131. a) Es ist Sache dessen, der die gesetzwidrige oder vertragswidrige Beschaffenheit der Waare geltend macht und solche zur Verfügung des Verkäufers stellt, zugleich den Nachweis zu erbringen, daß die in den Art. 347 und 349 vorgeschriebenen zeitlichen Grenzen innegehalten sind.

b) Die Fristen für die Prüfung der Waare können vertragsmäßig erweitert werden.

c) Eine genau bestimmte Frist, binnen welcher gesetzlich die Reclamation erfolgen müßte, läßt sich nicht angeben, vielmehr sind immer die concreten Umstände des besonderen Falles zu berücksichtigen. (8. Juni 71. M. II. 84; St. III. 19.)

132. a) Sache des Bekl. (Käufers) war es, die Umstände, aus welchen sich die Rechtzeitigkeit seiner Untersuchung und Anzeige ergiebt, darzulegen.

b) Der im Art. 347 sanctionirte Handelsgebrauch „begreift selbstverständlich unter einem ordnungsmäßigen Geschäftsgang keineswegs einen solchen, den ein einzelner Kaufmann in schreiender Verletzung der Sitte des redlichen Geschäftsverkehrs gewohnheitsmäßig einzuschlagen für gut befindet.“ (15. Juni 71. M. III. 7; St. III. 22.)

133. „Wie rasch die Untersuchung möglich ist, muß der Richter aus den Umständen ermessen. Eine streng und genau abgemessene Frist giebt es nicht. Festzuhalten ist, daß der Verkäufer nicht nach Willkühr des Käufers in Ungewißheit erhalten werden darf, ob Letzterem die Waare genehm ist oder nicht, daß durch längeren Zeitverlauf es dem Verkäufer erschwert werden könnte, die vertragsmäßige Beschaffenheit der Waare zu erweisen, während es dem Käufer möglich sein würde, bei längerem Warten aus dem Steigen oder Fallen der Waarenpreise Vortheil zu ziehen.“ (21. März 71. St. I. 65; C. I. 62.)

134. Kläger hatte vom Beklagten auf dem Bahnhofe zu St. Gerste zu empfangen; dieselbe wurde nach ihrer Ankunft am 25. September durch die Güterexpedition zu St. in Abwesenheit des Klägers an dessen Abnehmer nach Dortmund expedirt. Dieser verweigerte die Abnahme wegen vertragswidriger Beschaffenheit. Kläger machte dem Bekl. am 29. September hiervon Anzeige und fordert nunmehr, nach Verkauf der Gerste, Schadensersatz. Abgewiesen. Aus den Gründen:

a) Die Ablieferung setzt nicht nothwendig eine An- und Abnahme voraus, vielmehr kann unter Umständen abgeliefert sein, ohne tradirt zu sein. Denn Ablieferung im Sinne der Art. 347—349 ist derjenige Act, durch welchen der Verkäufer den Käufer in die Lage setzt, über die Waare thatsächlich verfügen und deren Beschaffenheit untersuchen zu können. Ob diesem Acte eine Annahme und Abnahme seitens des Käufers thatsächlich entspricht, ist gleichgültig, sofern nur die thatsächliche Möglichkeit und die rechtliche Verpflichtung zur Annahme und Abnahme vorliegt. Die unterbliebene Abnahme schließt daher, auch wenn die Abnahme nach Uebereinkunft geschehen sollte, nicht aus, daß die „Ablieferung“ vertragsmäßig erfolgt ist, sofern, nach der prozessualisch unangefochtenen Feststellung des Appellationsrichters, der Verkäufer die unterlassene Abnahme sich selber beizumessen hat, und unstreitig die Ablieferung durch Abgabe an die Güterexpedition zu Stumsdorf zum Weitertransport geschehen sollte.

b) „An welchem Orte der Käufer die übersendete Waare zu untersuchen habe, bestimmt das Handelsgesetzbuch nicht, wohl aber, daß die Untersuchung ohne Verzug nach der Ablieferung, soweit dies nach ordnungsmäßigem Geschäftsgange thunlich ist, zu geschehen habe. In der Regel hat somit die Untersuchung ohne Verzug am Ablieferungsorte stattzufinden. Daß der Ablieferungsort nicht nothwendig, ja nicht einmal in der Regel mit dem gesetzlichen Erfüllungsort — H.-G.-B. Art. 342 Abs. 2, Art. 324 Abs. 1 — zusammentrifft, ist selbstverständlich, da von einem anderen Orte übersendete Waare in Frage steht. Er braucht aber sogar mit dem vertragsmäßigen Erfüllungsorte nicht nothwendig zu coincidiren; es ist denkbar, daß die Ablieferung an einem anderen Orte geschieht und an diesem der

Käufer die Waare freiwillig entgegennimmt. — Vergl. z. B. den Fall Striethorst's Archiv Bd. 74 S. 213 ff. Es kann ferner der ordnungsmäßige Geschäftsgang oder der erkennbare Wille der Betheiligten den Käufer berechtigen, die Untersuchung an einem anderen, als dem Ablieferungsorte vorzunehmen oder durch einen Dritten bewirken zu lassen. So z. B. wenn am Ablieferungsorte die Mittel zu der erforderlichen chemischen oder nur durch Bearbeitung zu bewerkstelligenden Untersuchung fehlen; wenn die Waare in der Original-Verpackung weiter veräußert werden soll; wenn die Betheiligten verständigerweise nur wollen konnten, daß ein dritter Abnehmer die Prüfung bewirke.

Entscheidungen des R.-O.-H.-G. Bd. II S. 234 ff. (unten Nr. 137).

Allein es ist ungegründet, daß jede vom Käufer einseitig getroffene Bestimmung zum Nachtheil des Verkäufers, in dessen Interesse und Recht es liegt, alsbald zu erfahren, ob der Käufer die Waare billigt oder nicht, an Stelle des zwischen ihnen maßgebenden Ablieferungsortes einen anderweitigen „Bestimmungsort" der Waare zu setzen vermag, und es macht hierin keinen Unterschied, daß der Verkäufer mit der Intention des Käufers, die Waare weiter zu versenden, bekannt ist oder bekannt gemacht ist. Vielmehr darf dieser gleichwohl ohne Verzug nach der Ablieferung die nach ordnungsmäßigem Geschäftsgang thunliche Untersuchung erwarten. (7. November 71. M. III. 82; C. II. 3.)

135. Bekl. haben selbst nicht behauptet, die Waare bei ihrer Ankunft am Lieferungsorte untersucht zu haben; sie wollen vielmehr die Herren U. & Comp. beauftragt haben, die Waare an den Färber M. in G. weiter zu befördern und erst durch ein Schreiben des Letzteren vom 14. October über die Mängel unterrichtet worden sein. Aus diesen Angaben geht hervor, daß die Prüfung in kürzerer Zeit, wie geschehen, hätte bewirkt werden können. Die Bekl. hätten am Ablieferungsort selbst die hierzu erforderlichen Anstalten treffen müssen. Ihre Abwesenheit von demselben kann ebensowenig in Betracht kommen, wie, daß sie über die Waare bereits vor der Ablieferung anderweit disponirt hatten und deren sofortige Weiterbeförderung anordneten. (15. Dez. 70. C. I. 26.)

136. „Angenommen sogar, daß Beklagte als Grossohändler wirklich berechtigt gewesen seien, die eigentlich ihnen obliegende rechtzeitige Untersuchung der Waare ihren Abkäufern zu überlassen, so durften sie doch daraus nicht das Recht auf die gesetzliche Frist zu anderweiter eigener Untersuchung der Waare und Verzögerung der Mängelanzeige bis nach deren Erfolg ableiten. Eine so laxe Anwendung der Vorschriften des Artikel 347, die direct dem Geiste derselben zuwiderlaufen und den beabsichtigten Einfluß auf die sach- und zweckgemäße Gestaltung des Handelsverkehrs im Distanzgeschäfte paralysiren würde, hat das R.O.H.G. schon wiederholt gemißbilligt." (15. November 71. M. IV. 25.)

137. Klägerin hat der Bekl. Hemden-Nessel geliefert, der, wie Kläger wußte, für die Militärverwaltung zu W. bestimmt war. Die Lieferung erfolgte verspätet, theils im Januar, theils Anfangs Februar. Die Bekl. über-

sandte die Waare sofort der Militärverwaltung und zeigte dies der Klägerin an mit der Bemerkung, sie müsse der Commission die Prüfung überlassen. Am 22. Februar schrieb die Militärverwaltung an G. (einen Zwischenhändler), daß die Waare wegen zu geringer Qualität verworfen sei, am 23. Februar benachrichtigte die Bekl. die Klägerin hiervon und stellte die Waare zur Disposition. Es handelte sich

a) darum, ob die Bekl. die im Art. 347 vorgeschriebene Untersuchung einem Dritten (der Militärverwaltung) überlassen konnte. Das O.H.G. hat dies bejaht mit Rücksicht auf die concreten Umstände des vorliegenden Falles;

b) ob die Dispositionsstellung rechtzeitig geschehen sei. Auch dies wurde bejaht. „Es ist hier der Grundsatz maßgebend, daß nach dem, dem Art. 347 des Handelsgesetzbuchs zu Grunde liegenden, Princip eine genau begrenzte Frist für die Reclamation sich nicht angeben läßt, und der Satz, daß der Käufer seine Reclamation ohne Verzug zu erheben habe, nicht dahin, daß nothwendig bei der ersten Gelegenheit reclamirt werden müsse, sondern nur dahin zu verstehen, daß keine Zeit verstreichen darf, die bei ordnungsmäßigem Geschäftsgang als unmotivirter Verzug von Seiten des Käufers erscheint. Der Begriff des ordnungsmäßigen Geschäftsganges ist allerdings im Allgemeinen nach objectiven Regeln, nicht nach Beziehungen des Geschäftsganges, wie er etwa bei dem Käufer allein hergebracht, zu beurtheilen. Gleichwohl kann sich mit Rücksicht auf die Eigenthümlichkeit des Vertragsverhältnisses (die Bestimmung der Waare u. s. w.) jene Beurtheilung im einzelnen Falle doch verschiedenartig gestalten und die Frage, was ordnungsmäßiger Geschäftsgang ist, nach Verschiedenheit der Umstände sich modificiren." (25. April 71. M. II. 54; St. II. 28. C. I. S. 301.)

138. a) „In Erwägung, daß Bekl. zwar behauptet, daß er als Großhändler die zum directen Weiterverkauf in ihrer ursprünglichen Verpackung bestimmte Waare in Gießen zu untersuchen nicht verbunden, zur Dispositionsstellung vielmehr erst nach der Beanstandung Seitens seines Abnehmers verpflichtet gewesen sei; daß dies indeß jedenfalls nicht in solcher Allgemeinheit als einem ordnungsmäßigen Geschäftsgange entsprechend zuzugeben, und am allerwenigsten bei einer Waare, welche so erheblichen und so raschen Preisschwankungen, wie Getreide, unterworfen ist, anzuerkennen ist, zumal, wie Kläger richtig bemerkt, die Annahme jenes Satzes bei mehreren auf einander folgenden Weiterverkäufen solcher Art dahin führen würde, daß der Verkäufer oft erst unverhältnißmäßig spät Gewißheit darüber, ob das Geschäft in Ordnung gegangen sei, erlangen würde —."

b) Der Weizen ist am 4. Juli vom Käufer des Bekl. untersucht worden, der Bekl. hat seinerseits dem Kläger von dem Ergebniß am 8. Juli Anzeige gemacht. Diese Anzeige ist verspätet. Es ist nicht ersichtlich, weßhalb nicht, wenn die Untersuchung am 4. Juli erfolgt ist, J. (der Käufer des Bekl.) die Anzeige an den Bekl. sofort am 4. Juli und Bekl. die Anzeige an Kläger wenigstens sofort am 5. Juli machen konnte. Bekl. hätte es thatsächlich motiviren müssen, aus welchen Gründen er, ohne mit der Vorschrift des Art. 347 und den Regeln eines ordnungsmäßigen Geschäftsganges in Widerspruch zu treten, die Anzeige an Kläger bis zum 8. Juli

aufschieben durfte; es hätte ihm namentlich obgelegen, genau den Zeitpunkt der Ankunft in D. (bei seinem Käufer) sowie des Beginnes und der Beendigung der Untersuchung, sowie den Zeitpunkt der Anzeige des J. an Verklagten anzugeben und geeigneten Falles darzulegen, daß die verwendete Zeit auch nach ordnungsmäßigem Geschäftsgange erforderlich gewesen. Keinesfalls würde es der Vorschrift des Art. 347 entsprochen haben, wenn Bekl, wie er in der Duplik behauptet, sich, nachdem er die Anzeige des J. erhalten, erst selbst nach D. begeben, den Weizen auch seinerseits besichtigt und erst dann dem Kläger die Anzeige gemacht hätte, indem vielmehr die Anzeige an den Kläger jedenfalls sofort nach Empfang des Briefes des J. hätte erfolgen müssen. (1. Juni 71. M. II. 78; St. III. 17; C. I. 142.)

139. a) „Bei Geschäften nach überseeischen Plätzen geht die Absicht der Parteien nicht selten dahin, daß wenngleich im Uebrigen an der rechtlichen Stellung des Verkäufers in Betreff des Ortes, wo er die Waare in contractmäßiger Beschaffenheit zu liefern hat, sowie an der Befreiung von der Gefahr nach solcher Lieferung nichts geändert werden soll, doch eine Untersuchung der Waare im europäischen Verschiffungshafen nicht stattzufinden hat, sondern (meistens, um die Waare nicht schon früher aus der Verpackung herauszunehmen) bis zur Ankunft am Bestimmungsorte verschoben werden darf.“ Alsdann kann der Verkäufer nicht dafür verantwortlich gemacht werden, daß die Waare in contractmäßiger Beschaffenheit am Bestimmungsorte anlange. — Im vorliegenden Falle war Hamburg sowohl der Ort des Vertragsschlusses wie der Erfüllungsort, die Untersuchung der Waare sollte aber erst in Guatemala stattfinden. Käufer hatte daher nach Ankunft der Waare an diesem Orte die im Art. 347 vorgeschriebene Untersuchung anzustellen und eventuell dem Verkäufer Anzeige von den Mängeln zu machen. Waren die Mängel bereits während des Transportes wahrgenommen, so mußte die Anzeige ebenfalls spätestens nach Ankunft der Waare erfolgen.

b) Stearinlichter werden dadurch geprüft, daß man sie zur Probe brennen läßt. (2. Sept. 71. M. III. 15; St. III. 37.)

140. „Wußte Beklagter, wie aus seinem Anführen erhellet, daß das Vorhandensein der ihm angeblich zugesicherten Eigenschaft der Waare nicht ohne eine mit derselben vorzunehmende Manipulation der Bearbeitung erkennbar sei, so hatte er die ohne Verzug nach der Ablieferung im ordnungsmäßigen Geschäftsgange vorzunehmende Untersuchung der Waare auf diesen Punkt mit zu richten und das zu diesem Behufe Erforderliche vorzukehren, zumal es voraussichtlich gar nicht der Verwendung oder des Waschens der ganzen Parthie von 55 Ballen, sondern bloß eines verhältnißmäßig geringen Bestandtheiles derselben bedurfte, um über das Vorhandensein oder den Mangel der bedungenen Eigenschaft ins Klare zu kommen.“ (20. Sept. 71. M. III. 54; St. III. 64; C. II. S. 46.)

141. a) „Der Bekl. (Käufer) hat in seinem Schreiben vom 23. Februar selbst die auf der Güter-Expedition vorgenommene Untersuchung nur als eine vorläufige und oberflächliche bezeichnet und die Vornahme einer weiteren ge-

hörigen Revision, nachdem die Spaten auf das Lager des Verklagten gebracht sein würden, in Aussicht gestellt. Nach diesem Briefe durfte Kläger unbedingt auf eine weitere definitive Anzeige des Verklagten über das Resultat der auf seinem Lager vorzunehmenden gehörigen Revision rechnen, und da diese nicht erfolgte, annehmen, daß die auf Grund der vorläufigen, oberflächlichen Durchsicht gemachten Ausstellungen sich bei der demnächstigen gründlichen Revision als nicht bestätigt ergeben, vielmehr ihre Erledigung gefunden hätten, und daß Verklagter seine vorläufigen Ausstellungen nicht weiter verfolgen wolle, sondern davon Abstand nehme."

b) Der Käufer hat auch bei den nicht sofort erkennbaren Mängeln den Beweis zu führen, daß in Bezug auf Untersuchung und Anzeige der Vorschrift des Art. 347 genügt sei. „Er muß genau und substantiirt den Zeitpunkt und geeigneten Falles die näheren Umstände der Entdeckung dergestalt angeben, daß der Richter in den Stand gesetzt wird, zu beurtheilen, ob die Anzeige ohne Verzug nach der Entdeckung gemacht sei. Wenn hiernach der Appellationsrichter im Ganzen richtig argumentirt, so geht er doch insoweit noch über die an sich schon gegen den Käufer strenge Vorschrift des Art. 347 hinaus, als er die Angabe eines bestimmten Datums der Entdeckung als ein absolutes Erforderniß aufstellt, während ein solches nicht anzuerkennen, vielmehr in jedem concreten Falle zu beurtheilen ist, ob die Anzeige nach den Angaben des Käufers als eine ohne Verzug nach der Entdeckung gemachte anzusehen sei".

c) „In dem Briefe vom 21. Mai beschwert sich Bekl., daß die ihm vom Kläger gelieferten Spaten ihm überall her wegen ihrer Unbrauchbarkeit zurückgeschickt würden und daß Kläger dem Verklagten seine ganze Kundschaft verdorben habe. Verklagter durfte aber mit der Anzeige an den Kläger nicht warten, bis die Nachrichten von seinen Abnehmern „mehrseitig" — „überall her" — eingegangen waren, und bis ihm seine ganze Kundschaft verdorben war; er mußte vielmehr, sobald ihm seitens seiner Abnehmer die erste Nachricht über die Unbrauchbarkeit der Spaten brieflich oder mündlich zuging, sofort und ohne Verzug dem Kläger Anzeige machen. Daß er dies nicht gethan, ergibt sich aus seinen eigenen mitgetheilten Angaben. Es mag zugegeben werden, daß im vorliegenden Falle, wo der Appellationsrichter sich Inhalts der Entscheidungsgründe bereits von der schlechten Beschaffenheit des dem Kreisgerichte übergebenen Exemplars überzeugt hat, und wo eine auffallend schlechte Beschaffenheit der sämmtlichen Spaten substantiirt behauptet und unter Beweis gestellt ist, eine gewisse Härte darin zu liegen scheint, daß Verklagter mit seinen bezüglichen Einreden nicht gehört wird. Diese Strenge und sogar Härte entspricht aber eben der Absicht des Gesetzgebers. Die Ordnung des Handelsverkehrs erfordert es, daß der Verkäufer so rasch als irgend nach ordnungsmäßigem Geschäftsgange thunlich ist, Gewißheit darüber erhält, ob das in Rede stehende Geschäft in Ordnung gegangen ist. Daher hat die strenge Vorschrift des Art. 347 schon lange vor Emanation des Handelsgesetzbuches gewohnheitsrechtliche Geltung gehabt, und im Art. 347 ist nur einem unabweislichen, praktischen Bedürfnisse Rechnung getragen." (18. Nov. 71. M. IV. 10; C. I. 187.)

142. „Es bleibt die Beschwerde des Klägers übrig, daß der Beklagte

der Beweis ihres Einwandes, sie hätte ihm den fraglichen Ballen Wolle rechtzeitig zur Verfügung gestellt, nachgelassen sei. Allein der hierfür vorgebrachte Grund, daß die Beklagte, welche die am 8. Juni 1869 in ihren Besitz gelangte Wolle mittelst eines am 12. Juni 1869 an den Kläger abgesandten Briefes zur Verfügung gestellt haben will, sich hierin verspätet habe, ist offenbar hinfällig, da selbstverständlich das der Beklagten an sich zustehende Recht, durch die seitens des Klägers geschehene willkürliche und einseitige Vorschreibung einer von ihm beliebten 24stündigen Frist in der erst nach der Bestellung der Waare übersandten Rechnung nicht beschränkt werden konnte, und da es anderen Theils, auch wenn man den Art. 347 des allg. H.G.B. hier für unmittelbar anwendbar erachten wollte, jedenfalls einem ordnungsmäßigen Geschäftsgange entsprechen würde, wenn die Beklagte behaupteter Maßen am 4. Tage nach Empfang der Waare dem Kläger geschrieben haben sollte, daß sie ihm dieselbe zur Verfügung stelle." (1. Nov. 70. M. I. 13; St. I. 18; C. I. 15.)

Art. 343 (282).

Sorge des Käufers für die zur Disposition gestellte Waare.

143. Art. 348 verpflichtet „den Käufer, welcher die von einem anderen Orte übersendete Waare beanstandet, nur dazu, für die einstweilige Aufbewahrung derselben zu sorgen; er soll so viel Rücksicht auf seinen Geschäftsfreund, den Verkäufer, nehmen, daß er sich nicht ohne Weiteres der Waare entschlägt und sie dem Zufalle Preis giebt, sondern für ihre Erhaltung so lange sorgt, als nicht der Verkäufer selbst im Stande ist, diese Sorge übernehmen zu können. Versäumt der Verkäufer, nachdem er von der Sachlage unterrichtet ist, die nöthigen Schritte zu thun, so ist der Käufer seiner Verpflichtung entbunden, (vergl. Hahn Commentar, Bd. II S. 245). Der hiernach ihm obliegenden Diligenz hat Kläger genügt, indem er, wie in Folge des darüber geleisteten Relateides rechtskräftig feststeht, die fragliche Maschine mittelst Briefs vom 6. Juni 1866 dem Beklagten zur Disposition gestellt, sodann aber, nachdem Beklagter auf deren Zurücknahme nicht eingegangen ist, an den Mechanikus Sch. zu Leipzig gesendet, welcher Letzterer dieselbe bis zu ihrer im Monat Mai 1868 an das Prozeßgericht bewirkten Einlieferung in Verwahrung behalten hat. Daß Kläger in der einstweiligen Aufbewahrung der Maschine die ihm nach Artikel 282 obliegende Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns irgendwie verabsäumt habe, ist weder von dem Beklagten behauptet worden, noch aus der aktenmäßigen Sachlage abzunehmen und für die Frage, ob und in wie weit Kläger für die seitdem eingetretene Verschlechterung der Maschine hafte, beziehentlich welcher Partei die Beweislast hierunter obliege, sind daher die oben angezogenen Vorschriften des H.-G.-B.'s keineswegs maßgebend." (15. Dez. 70. M. I. 61.)

Art. 348 (653 fgg.).

Beanstandung der Waare seitens des Käufers, wenn demselben ein Conossement übersendet ist.

144. An dem Verhältniß zwischen Verkäufer und Käufer in Bezug auf die Geltendmachung von Mängeln der verkauften Waare wird dadurch nichts

geändert, daß dem Käufer ein Conossement zugesendet ist. Wenngleich kraft desselben der Käufer berechtigt ist, den Schiffer auf Auslieferung fehlerfreier Waare in Anspruch zu nehmen, so ist er hierzu seinem Verkäufer gegenüber doch nicht verpflichtet. Es ist falsch (wie im vorl. Fall das Obergericht angenommen hatte) in der Uebersendung des Conossements zugleich eine Assignation zu erblicken, durch welche dem Käufer eine solche Verpflichtung auferlegt würde. „Die Kläger waren nur Käufer. Wies sich die Waare bei Ankunft des Schiffes so aus, daß sie die in gehöriger Qualität und Quantität geschehene Abladung bezweifeln zu können glaubten, so durften sie bis auf Weiteres die Uebernahme der Angelegenheit für ihre Rechnung zurückweisen; freilich auf die Gefahr hin, daß sie, wenn die Beklagten tadellose Abladung erweisen würden, die Waare später deren Gesammtheit nach (auch mit deren nicht etwa nur durch die Seereise, sondern auch durch etwaige Culpa des Schiffers verursachten Verschlechterung oder Verminderung) übernehmen müßten. Bis dahin, wo dieser Punkt zu Gunsten des einen oder anderen Theils erledigt war, waren sie den Beklagten gegenüber nur verpflichtet, für das zur Sicherstellung derselben Nöthige so weit zu sorgen, daß deren Lage nicht verschlechtert wurde. — Diese Auffassung ist diejenige des Handelsgesetzbuches, indem dasselbe im Art. 348 vorschreibt, der Käufer, welcher die von einem andern Orte übersandte Waare beanstande, sei verpflichtet, für deren einstweilige Aufbewahrung zu sorgen. Die dieser Bestimmung zu Grunde liegende Erwägung, in der Anwendung auf das Verhältniß der Betheiligten zum Schiffer, führt dahin, aber auch nicht weiter als bis dahin, daß, wenn in dem Falle einer Zurdispositionsstellung der Waare Grund zu der Annahme vorhanden ist, der Schiffer werde wegen des ungenügenden Zustandes derselben in quali oder in quanto, oder in beiden, mit Erfolg in Anspruch genommen werden können, seitens des Käufers das Geeignete durch Einbehaltung der Fracht (oder auf andere Weise) zur Sicherstellung jenes Anspruchs vorgekehrt werden muß, damit dem Verkäufer die Möglichkeit nicht entzogen werde, den in Rede stehenden — einstweilen auch zu seiner Gefahr stehenden — Gegenstand nach seinem Willen ordnen zu lassen."

„Es liegt überhaupt außer Zweifel, daß weder ein Verkäufer, der selbst Ablader ist, noch auch ein solcher Verkäufer, welcher, wie hier die Beklagten, die von einer anderen Person bewirkte Abladung als seine Contracts-Erfüllung gelten läßt, die Verantwortlichkeit für die Contractmäßigkeit der Abladung, dem Käufer und Connossements-Inhaber gegenüber, deshalb ablehnen darf, weil der letztere in der Lage gewesen sei, auf Grund des mit dem mangelhaften Thatbestand nicht übereinstimmenden Connossements den Schiffer wirksam in Anspruch zu nehmen, indem letzterer das Connossement dem Wortlaut nach zu erfüllen gehabt habe, ohne Einreden aus der ungenügenden Lieferung der Ladung seitens des Abladers vorschützen zu dürfen. Der Schutz, welchen der Connossements-Inhaber in der vorgedachten Weise genießt, (H.G.B. Art. 653 u. ff.) wird diesem nur in seinem Interesse und um das Vertrauen auf das Connossement als auf ein negociabeles Handelsdocument aufrecht zu erhalten, gewährt. Ist derselbe in der Lage, das aus einer mangelhaften Lieferung für ihn sich ergebende Interesse sowohl auf Grund des formalen Rechts gegen den Schiffer, als auch auf Grund des materiellen

Thatbestandes und der Contractsrechte gegen den Ablader, geltend machen zu önnen, so stehen ihm beide Wege nach seinem Belieben zu Gebote. Der elbstabladende oder die Abladung eines Anderen vertretende Verkäufer hat ein Recht darauf, daß der Käufer und Destinatair statt seiner den Schiffer üßen lasse." (26. Mai 71. M. II. 76.)

Art. 349.

Sechsmonatliche Verjährung.

145. Kläger hatte ausgeführt, Art. 349 finde nur auf die Fälle Anwendung, wo der Käufer die Waare angenommen habe und erst nachher Mängel entdecke, welche ihm bei ordnungsmäßiger Untersuchung nicht erkennbar gewesen seien. Wenn dagegen die Waare nicht empfangen, sondern gemäß Art. 347 beanstandet sei, dann sei die Sache so aufzufassen, als ob gar nicht geliefert sei. — Das Ob.H.G. hat diese Auslegung des Art. 349 verworfen.

„Die Bestimmungen in den Art. 347 und 349 schließen sich nicht wechselseitig aus, sondern ergänzen sich vielmehr. Der Sinn derselben ist im Zusammenhange folgender: Damit der Verkäufer alsbald Gewißheit darüber erlange, ob das Geschäft in Ordnung gegangen sei, muß der Käufer nach Art. 347 ohne Verzug nach der Ablieferung die Waare untersuchen und von den entdeckten Mängeln sofort, von den nicht sofort erkennbaren sofort nach der späteren Entdeckung dem Verkäufer Anzeige machen; sonst gilt die Waare als genehmigt, und es kann dann von weiteren Ansprüchen des Käufers keine Rede sein. Abgesehen von der Vorschrift des Art. 347 bestimmt der Gesetzgeber aber noch einen äußersten Präclusiv-Termin von 6 Monaten nach der Ablieferung für die Geltendmachung von Mängeln dergestalt, daß die innerhalb 6 Monaten erfolgende außergerichtliche Anzeige die Einrede erhält, die Klage aber bei Vermeidung des Verlustes durch Verjährung innerhalb sechs Monaten bei Gericht erhoben und resp. zugestellt sein muß. Dies gilt der Ordnung des Verkehrs wegen selbst von solchen Mängeln, welche erst nach Ablauf von sechs Monaten entdeckt sind, auch nach ordentlichem Geschäftsgange nicht früher entdeckt werden konnten, obwohl der Käufer in diesem Falle einen unverschuldeten Verlust erleidet. Dasselbe gilt aber auch von solchen Mängeln, welche sofort nach der Ablieferung oder doch vor Ablauf von sechs Monaten entdeckt und nach Art. 347 angezeigt sind. Diese Anzeige wahrt nur die Rechte des Käufers; sie enthält einen Protest des Käufers gegen die Annahme, daß er die Waare empfangen habe. Die durch die Beanstandung herbeigeführte Streitfrage, ob rite erfüllt sei, kann aber nicht eine dauernd schwebende bleiben; vielmehr muß der Käufer, welcher Ansprüche an den Verkäufer wegen der mangelhaften Erfüllung erheben will, dieselben in Ermangelung gütlicher Einigung zum rechtlichen Austrage bringen; eben dafür bestimmt Art. 349 al. 2 eine sechsmonatliche Frist. Der Art. 349 al. 2 umfaßt alle Fälle mangelhafter, vertragswidriger Leistung, auf welche der Art. 347 zu beziehen ist; eine Unterscheidung, eine restrictive Auslegung, wie solche Kläger versucht, würde, der Absicht des Gesetzgebers zuwider, dahin führen, daß al. 2 des Art. 349

nur in einer sehr geringen Minderzahl von Fällen zur Anwendung kommen könnte." (29. Nov. 71. M. IV. 36.)

Art. 350.

Dolus.

146. Die Verf. des H.G.B's. wollten das Prinzip des Art. 347 nicht blos beim Vorhandensein eines Betruges im strafrechtlichen Sinne, sondern auch überall da ausschließen, wo der Verkäufer die Waarensendung nicht in gutem Glauben gemacht habe, wo er in dolo versire, wo also auch nur die Voraussetzungen des civilrechtlichen Dolus vorhanden seien (Protok. S. 650, 660, 1384, 1461, v. Hahn Comm. II S. 256, 257). Es muß aber immer ein dolus specialis vorliegen, kein bloßer dolus in agenda. (9. März 71, M. II. 24. St. III. 2; C. I. S. 275.)

147. Dieser Art. hat unzweifelhaft nicht blos den Fall im Auge, wenn der Verkäufer beim Abschluß des Kaufcontracts sich schuldig macht, sondern auch den, wo der dolus erst bei der Erfüllung hervortritt. Ein solcher dolus liegt aber nicht schon in der bewußten Uebersendung vertragswidriger Waaren Seitens des Verkäufers. Mindestens nicht in jedem Falle. „Sicher dann nicht, wenn der Verkäufer dabei selbst auf die Mängel hinweist, und die Erwartung ausspricht, daß der Käufer die Waare trotzdem genehmigen werde. Allein ebensowenig ist der Verkäufer in dolo, der zwar nicht selbst auf die Mängel aufmerksam macht, aber voraussetzt, daß sie dem Käufer selbst, der als ordentlicher Kaufmann die sofortige Prüfung nicht unterlassen werde, werden bemerklich werden und die Hoffnung hegt, daß der Käufer sich beruhigen, oder doch daß demnächst eine Verständigung erzielt werden wird. Und nur, wenn er in dieser Erwartung getäuscht, zur Klage schreitet, könnte von einem dolus — aber freilich dann auch nur von einem dolus in agendo — die Rede sein, während der Artikel 350 von einem dolus specialis redet.

„Der dolus (specialis) beginnt, wenn der Verkäufer in irgend einer Art dahin wirkt, daß der Käufer die vertragswidrige Waare ohne Prüfung, oder doch ohne bei der Prüfung deren Mängel zu erkennen, die Erfüllung annimmt — daß er also entweder die Prüfung innerhalb der ihm zuständigen Frist ganz unterläßt, oder daß er auch bei der Prüfung die Mängel nicht entdeckt. Es kann dieses geschehen durch ausdrückliche Versicherung der vertragsmäßigen Beschaffenheit der Waare; oder es kann ohne solche in der Art der Verpackung der übersandten Gegenstände, oder selbst unter besonderen Umständen in der bloßen Zusendung liegen, — dann z. B. wenn der Verkäufer weiß, daß im vorliegenden Falle die rechtzeitige Besichtigung unterbleiben wird. Die Zusendung der Waare enthält aber an sich, d. h. von besonderen Umständen abgesehen, nicht die (stillschweigende) Versicherung der vertragsmäßigen Beschaffenheit, vielmehr die (stillschweigende) Aufforderung an den Käufer, selbst die Waare zu besehen.

In dem vorstehend entwickelten Sinne hat auch v. Hahn in seinem Commentar Bd. II. S. 256 f. den Art. 350 verstanden.

Zum Schluß mag auch noch auf ein praktisches Bedenken gegen die

gegentheilige Ansicht hingewiesen werden. Die wohlthätigen Bestimmungen der Artikel 347 und 349 verlieren zu einem großen Theil ihre Bedeutung. Der Käufer, der die Frist zur Anzeige der Mängel nicht inne gehalten, wird geneigt sein, mit der Behauptung hervorzugehen — die wenigstens auch vielfach der Wahrheit entsprechen wird —, daß der Verkäufer selbst die vertragswidrige Beschaffenheit der Waare bei deren Zusendung gekannt habe."

Im vorl. Falle wurde das Vorhandensein eines dolus im Sinne des Art. 350 aber auch deshalb verneint, weil nach dem Vortrag des Bekl. die Kläger sich desselben erst schuldig gemacht hatten nach Zusendung der Waaren und nachdem Bekl. bereits die Anzeige von deren vertragswidriger Beschaffenheit gemacht hatte. „Die Absicht der Kläger — — war darauf gerichtet, den Beklagten zur Aufgabe seiner Monituren und der darauf gegründeten Ansprüche zu bewegen. Ein solcher dolus kann selbstständig Ansprüche für den Betrogenen erzeugen aber niemals die Folgen haben, von denen der Art. 350 redet, in welchem ein dolus entweder beim Abschlusse oder bei der Erfüllung der Obligation vorausgesetzt wird. (13. Apr. 71. M. II. 46; St. III. 2; C. I. S. 275.)

148. a. In dem Erkenntniß vom 29. November 71 M. IV. 36 wird ausgeführt, daß im Sinne des Art. 350 kein strafrechtlicher dolus erforderlich sei, sondern daß der civilrechtliche dolus genüge. Andererseits sei der dolus, der bloß in agendo oder in excipiendo hervortrete, allein nicht ausreichend.

b. Es liege aber ein civilrechtlicher dolus vor, wenn, wie im vorliegenden Fall behauptet wird, die Verklagte (Verkäuferin), obwohl sie selbst die Röhren in der gerügten fehlerhaften Art habe herstellen lassen und von dieser vertragswidrigen Herstellung Kenntniß gehabt habe, dieselben dem Kläger als vertragsmäßig hergestellt geliefert und so in demselben den Irrthum erregt habe, als ob sie stehend in gehörig gefertigten Modellen gegossen wären und die vertragsmäßige Wandstärke gehabt hätten.

„Durch diese Behauptungen ist der dolus genügend substantiirt, um zum Beweise verstellt zu werden. In einem früheren Urtheile des Gerichtshofes (Entscheidungen Bd. II. pag. 191, oben Nr. 147) ist zwar ausgeführt, daß die bloße Kenntniß des Verkäufers von der vertragswidrigen Beschaffenheit der Waare nicht nothwendig einen dolus enthalte, weil jene Kenntniß in gewissen, dort näher bezeichneten Fällen mit der bona fides wohl vereinbar sei. Solche dort bezeichneten Ausnahme-Fälle liegen hier aber nicht nur nicht vor, sondern es würde ein ganz evidenter dolus vorliegen, wenn der Verkäufer, obwohl er Kenntniß von Fehlern hat, welche bei einer äußerlichen Besichtigung nicht sofort erkennbar, sondern erst mittelst genauerer sachverständiger Untersuchung zu entdecken sind, die Waare an den Käufer in der Erwartung abliefert, daß derselbe die kontraktwidrige Beschaffenheit nicht bemerken, die Waare vielmehr ungeachtet dieser ihm unbekannt bleibenden Beschaffenheit empfangen werde. So würde aber der vorliegende Fall liegen, wenn Kläger die behauptete Kenntniß der Verklagten von den angeblichen Mängeln nachweist, da ohne weitern Beweis anzunehmen ist, daß die Mängel für den Kläger nicht sofort erkennbar waren. Daß unter solchen besondern Umständen die Kenntniß des Verkäufers von den Mängeln einen dolus ent-

halte, ist bereits in den Gründen des erwähnten früheren Urtheils (pag. 192 l. c.) ausgeführt worden. Dem Kläger mußten daher die betreffenden Behauptungen zum Beweise verstellt werden." — — (29. November 71. M. IV. 36.)

Art. 352 (279).

Verpackung.

149. In den Fakturen über die dem Bekl. zugesendeten Mehllieferungen ist die gedruckte Bemerkung enthalten:

„„Säcke werden mit 8 Sgr. per Stück berechnet, und müssen, falls dieselben nicht innerhalb 4 Wochen in gutem Zustand zurückgeliefert sind, zu dem berechneten Preise bezahlt werden.""

Bekl. behauptet, es sei zwischen ihm und dem Kläger ein Abkommen getroffen, wonach er jeder Zeit, ohne an eine Frist gebunden zu sein, die Säcke zurücksenden könne und Kläger dieselben jederzeit zu 8 Sgr. per Stück zurücknehmen sollte. — „Jede derartige Mittheilung (in der Faktur), enthielt der Sache nach die Offerte eines abzuschließenden Kaufkontrakts betreffs der Säcke in der Weise, daß dem Beklagten in erster Linie das Behalten der Säcke zu dem berechneten Preise angeboten, ihm jedoch zugleich das binnen einer bestimmten Zeit zu bethätigende Rücktrittsrecht vorbehalten wurde. Hat nun Beklagter ohne Kundgebung eines Widerspruchs gegen die Offerte der Klägerin die Säcke über die für die Rücksendung offen gelassene Frist hinaus behalten, so läßt dies Verhalten des Beklagten im Zweifel, d. i. im Mangel weiter gehender, spezieller Vertragsvereinigung, eine andere Auffassung als die Annahme thatsächlich bekundeten Eingehens auf die vorausgegangene Offerte nicht zu. Es rechtfertigt sich diese Annahme nicht allein nach allgemeinen Grundsätzen über stillschweigende Willenserklärungen, sondern ganz besonders auch durch die Erwägung, daß Feststellung der Modalitäten betreffs der Behandlung der Emballage — im Falle unterbliebener vorgängiger Beredung — erfahrungsmäßig gewöhnlich durch entsprechenden Vermerk auf den die Sendung begleitenden Fakturen zu erfolgen pflegen, Klägerin sonach im Falle des Nichteinverständnisses Beklagtens mit den vorgeschlagenen Modalitäten, einen ausdrücklichen Widerspruch von Seiten des letzteren um so gewisser erwarten durfte, als der Vorschlag offenbar die Herbeiführung prompter Geschäftsabwickelung bezweckte, mithin voraussetzlich durch das beiderseitige Interesse bedingt war. Anders würde allerdings die Beurtheilung der Sache sich gestalten, wenn zwischen den Parteien während der Dauer ihrer Geschäftsverbindung eine ausdrückliche Vereinbarung des von dem Beklagten behaupteten Inhalts in Geltung bestanden hätte. War dies der Fall, so fehlte es für die Klägerin an jedem Anlaß in der vorgedachten Weise einseitig mit Aufstellung neuer Vertragspropositionen gegen den Beklagten vorzugehen; in alle Wege konnte sie dem bereits feststehenden Vertragsergebnisse gegenüber in die Freiheit der Willensbestimmung des Beklagten nicht mit dem Erfolge eingreifen, daß derselbe gezwungen gewesen wäre, den Mangel seines Einverständnisses durch positiven Widerspruch zu bethätigen." (19. Nov. 70. M. I. 35; St. I. 30; C. I. 6.)

Art. 353 (283).

Marktpreis.

150. Der im H.G.B. mehrfach vorkommende Begriff des Marktpreises ist nicht durch eine amtliche, an gewisse örtliche Einrichtungen geknüpfte Feststellung bedingt. In den Entwurf des H.G.B.'s zweiter Lesung war allerdings eine derartige Bestimmung aufgenommen, sie ist indeß in dritter Lesung wieder gestrichen worden, „weil sie den Begriff des Marktpreises an gewisse besondere Einrichtungen knüpfe, die weder überall beständen, noch, selbst wenn solches der Fall, für zahlreiche Artikel von unstreitig marktgängiger Waare in Geltung seien, häufig überdies in derjenigen Modalität, in welcher sie, ein Maximum und Minimum von weitestem Spielraum umfassend, wirklich stattfänden, zu einem sicheren und zuverlässigen Anhalt nicht benutzt werden könnten. (Protok. S. 4571 fg., v. Hahn, Comm. I. S. 202 fg.; II. S. 119 fg., Goldschmidt I. 2. S. 587 [28], S. 591 [39]. „In Folge der hierauf beschlossenen Beseitigung jener Bestimmung wird nun zwar die Geltung eines in Gemäßheit der bestehenden Einrichtung amtlich festgestellten Durchschnittspreises als Marktpreis immerhin nicht in Zweifel zu ziehen sein, zum Mindesten Derjenige, welcher sich auf die Existenz eines solchen zu berufen vermag, bis zum Nachweise des Gegentheils die Vermuthung der Richtigkeit für sich haben (vergl. H.G.B. Art. 353). Allein eine Beschränkung des Begriffs Marktpreis auf die Fälle wirklicher spezieller amtlicher Feststellung, wie sie bis zum Erscheinen des H.G.B.'s denkbar war, kann nicht weiter zulässig erscheinen. Als Marktpreis eines gewissen Platzes ist vielmehr derjenige Durchschnittspreis zu betrachten, welcher sich bei Vergleichung einer erheblichen Zahl von an diesem Orte geschlossenen Geschäften als der, von den besonderen persönlichen Beziehungen und sonstigen speziellen Umständen des Geschäftsschlusses unabhängige, gemeine Werth der betreffenden Waare darstellt, und es bleibt lediglich Beweisfrage, ob die thatsächlichen Unterlagen dieser Vergleichung in dem konkreten Falle allererst dem Richter vorzuführen sind, oder der Beibringung nicht bedürfen, weil deren Ergebniß in der amtlich festgestellten und veröffentlichten Preisangabe bereits glaubhaften, präsumtiv richtigen Ausdruck gefunden hat. (Goldschmidt a. a. O. S. 581, 586.)"

Auch dann, wenn es sich um den auf Grund des Marktpreises geforderten entgangenen Gewinn handelt, sind nach Art. 283 keine strengeren Anforderungen zu stellen. „Es kommt dann (in Ermangelung einer amtlichen Feststellung) nur darauf an, daß der den Ersatz des durch Nichtlieferung entgangenen Gewinnes fordernde Kläger die Verkäuflichkeit oder Marktgängigkeit der Waare in dem obenbezeichneten Sinne mit einem aus den erwiesenen Geschäftsabschlüssen sich ergebenden Durchschnittspreise nachzuweisen vermag." (13. Apr. 71. M. II. 47; St. II. 23; C. I. 94.)

Art. 353.

Marktpreis.

151. Die Behauptung, daß die geforderten Preise „üblich und sachgemäß" seien, kann nach der Natur des Kaufobjektes füglich nicht anders

verstanden werden, als daß dieselben den Durchschnittsmarktpreisen entsprechen. (4. Nov. 71. C. I. 178.)

Art. 354. (359.)

Anwendbarkeit auf Verträge mit ratenweiser Lieferung.

152. „Zunächst ist*) bei dem Art. 354 an den häufigsten Fall der Vertragserfüllung durch einmalige Leistung zu denken; doch enthält er in Verbindung mit dem Art. 359 auch für Verträge mit ratenweiser Lieferung das entscheidende Prinzip. Dies Prinzip lautet, daß bei Verkäufen und Lieferungen (im Unterschied von andern Handelsgeschäften) der Verzug des Käufers in der Zahlung den Verkäufer zum Rücktritte vom Vertrage berechtigt, wenn der Verkäufer ihn nicht bereits erfüllt hat. Erfüllt hat er ihn, wenn er die Waare bereits übergeben hat. Bei successiver lieferungs- oder ratenweiser Erfüllung ist also der Rücktritt unmöglich, wenn alle Raten bereits geleistet sind. Ist mit der Erfüllung erst der Anfang gemacht, so wird in Gemäßheit des Art. 359 a. a. O. die Theilbarkeit der Leistungen erheblich. Ist diese vorhanden, erfordern also die schon bewirkten Lieferungen nach ihrer Natur nicht nothwendig die Nachlieferung der ausstehenden, so wird der Verkäufer mindestens Betreffs dieser durch den Zahlungsverzug des Käufers zum Rücktritt befugt — ohne Ankündigung bei Fixgeschäften, nach fruchtloser Ankündigung bei den übrigen. Dabei macht es keinen Unterschied, ob der Verzug die Bezahlung der noch ausstehenden, oder die der schon geschehenen Lieferungsraten betrifft. Wesentlich ist nur, daß der Käufer mit der Zahlung überhaupt im Verzuge, daß die Erfüllung theilbar und theilweise noch nicht geschehen ist." (7. März 71. M. II. 17; St. I. 55; C. I. 53.)

Art. 355 flg.

Verzug.

153. Voraussetzung für die Anwendbarkeit dieser Artikel ist, daß der Verpflichtete sich im Verzuge befinde. Ob dies der Fall, ist nach dem jus generale zu entscheiden. (3. Nov. 71. M. III. 89; St. IV. 32.)

Umfang des Schadensersatzes.

154. Der im Verzug befindliche Verkäufer haftet auch für eine vom Käufer seinem Abnehmer gegenüber versprochene Conventionalstrafe, „wenn nur der erforderliche Causalzusammenhang zwischen dem Lieferungsverzug des Klägers und der Verpflichtung des Bekl. zur Zahlung der Conventionalstrafe dargelegt ist. L. 2, § 8. Dig. XIII. 4." (22. Febr. 71. M. V. 37, vergl. auch 2. Dez. 71. M. IV. 39.)

Theilweise Lieferung.

155. Art. 356 ist auch in dem Falle anwendbar, wo eine verkaufte Quantität einer Waare nur theilweise geliefert ist und nur bezüglich der

*) Der vorl. Vertrag betraf die Lieferung von Gutsmilch, welche der Bekl. täglich zu beziehen hatte und wofür der Preis in monatlichen Raten zu entrichten war.

nicht gelieferten Quantität Schadensersatz beansprucht wird. (30. Dez. 70. M. I. 54. St. I. 23; C. I. 66.)

Art. 356 (355).
Anzeige. Frist.

356. Es mag dahingestellt bleiben, ob die im Art. 356 vorgeschriebene Fristgewährung in eben demselben Sinne Bedingung der Schadensersatzforderung ist wie die Anzeige des Contrahenten, daß er Schadensersatz statt der Erfüllung fordern wolle. (Kierulff Sammlung der E. des O.A.G. Lübeck II. S. 919.) Jedenfalls bildet diese Anzeige eine thatsächliche Voraussetzung, an welche das Recht des Contrahenten, Schadensersatz statt Erfüllung des Contracts zu fordern, geknüpft ist. Diese Anzeige aber darf, wenn sie seitens des Käufers geschieht, weil der Verkäufer mit der Uebergabe im Verzuge ist, nicht so erfolgen, daß der Verkäufer ungewiß darüber bleibt, ob der Käufer Schadensersatz statt der Erfüllung oder blos wegen verspäteter Erfüllung beanspruchen wolle. (30. Sept. 71. M. III. 61; St. III. 77; C. II. S. 46.)

157. Anzeige und Fristbestimmung sind im Art. 356 nur vorgeschrieben, wenn der eine Contrahent entweder statt der Erfüllung Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern oder vom Vertrage abgehen will, nicht aber, wenn die Erfüllung bereits angenommen ist und nur Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung beansprucht wird. (22. Febr. 72. M. V. 37.)

158. „Die Gewährung einer Nachlieferungsfrist an den säumigen Contrahenten ist jedenfalls dann nicht zu begehren, wenn der zur Erfüllung Aufgeforderte auf diese Aufforderung erklärt, er wolle oder könne die kontraktmäßige Erfüllung nicht leisten.“ (10. Febr. 72. M. V. 25.)

159. a) Wenn der eine Kontrahent die Leistung verweigert, so fällt die Verpflichtung zur Gewährung einer Nachfrist in Gemäßheit des Art. 346 fort. Im vorliegenden Falle hatte indeß die Verkäuferin nur erklärt, sie sei durch die Kriegsereignisse wegen höherer Gewalt ihrer Lieferungsverbindlichkeit enthoben. Dieser Erklärung aber ist hier nur die Bedeutung einer Meinungsäußerung oder eines Urtheils, nicht die einer Willenserklärung beizumessen. Demnach war die Gewährung einer Nachfrist aus diesem Grunde nicht entbehrlich.

b) Die „Natur des Geschäfts“ macht die Gewährung der Nachfrist nicht etwa bei allen Waaren entbehrlich, die Preisschwankungen unterworfen sind. Dann würde die Ausnahme zur Regel werden, da solche Preisschwankungen bei dem Gegenstand der meisten Handelskäufe vorkommen. Vielmehr ist die im Gesetze wegen der Natur des Geschäfts gemachte Ausnahme auf die Fälle zu beschränken, wenn die spätere Leistung nicht mehr als Erfüllung erscheint, d. h. für den Gläubiger nutzlos oder deshalb mehr oder weniger werthlos ist, weil er die Lieferung nicht mehr zu dem Zwecke verwenden kann, wozu er sie nach der dem andern Theil bekannten Absicht bestimmt hatte.

c) Ob die Nachfrist nach den Umständen des Falles angemessen ist

muß aus folgenden zwei Erwägungen beurtheilt werden: a) daß die Ausgleichung des Verzuges (purgatio morae) nicht unmöglich gemacht werden soll; b) daß die Nachfrist vorzugsweise das Interesse des Schuldners wahren soll, soweit nicht dadurch die berechtigten Interessen des Gläubigers in erheblicher Weise verletzt werden. (17. Okt. 71. M. III. 47; St. IV. 2.)

160. „Indem die Klägerin dem schon wiederholt gemahnten Verkäufer noch eine achttägige Frist setzt, erklärt sie zugleich, für den Fall der Nichtinnehaltung dieser Frist sich durch anderweitigen Einkauf decken, d. h. eben vom Vertrage abgehen und Entschädigung fordern zu wollen. Einer Wiederholung dieser Erklärung nach fruchtlosem Ablaufe auch dieser achttägigen Frist hat es nicht bedurft." (31. Januar 71. M. I. 55; C. I. 123.)

161. a) Die Erklärung „ich habe mich gedeckt" gegenüber dem nicht erfüllenden Kontrahenten ist eine Anzeige im Sinne des Art. 356. Denn sie bedeutet in der Sprache des Geschäftsverkehrs: „ich werde Erfüllung nicht mehr annehmen und beanspruche Ersatz des mir durch die Säumniß entstandenen Schadens."

b) „Einer Fristgewährung aber zur „Nachholung des Versäumten" hat es nicht bedurft, falls Kläger durch seine Weigerung, den wirklich abgeschlossenen Vertrag durch Lieferung zu erfüllen, deutlich zu erkennen gegeben hat, daß er weder eine Fristeinräumung begehre, noch von einer gewährten Frist Gebrauch zu machen gedenke. In dem Systeme des Deutschen Handelsgesetzbuchs erscheint die durch Art. 356 vorgeschriebene Fristgewährung weder als eine unumgängliche Solennität — zumal für dieselbe keinerlei Form angeordnet ist —, noch auch als eine gesetzliche Voraussetzung oder Bedingung für die Befugniß des Nichtsäumigen, vom Vertrage abzugehen oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu beanspruchen.

Sie ist vielmehr, wie auch der Gang der Berathung ergibt,

Protokolle der Nürnberger Konferenz, S. 626, 631, 632, 1400 – 1404, 1408 – 1410, 1414, 4593—4599, 5080, 5081,

lediglich eine gesetzliche Milderung der strengen Folgen, welche, abweichend von dem zuvor in dem größten Theile Deutschlands geltenden Recht, das Gesetzbuch an den Verzug des Käufers oder Verkäufers geknüpft hat. Dem Nichtsäumigen ist gegen den Säumigen außer dem selbstverständlichen Recht, Erfüllung nebst Schadensersatz wegen verzögerter Erfüllung zu begehren, auch das, in dieser Allgemeinheit bisher nur in den Gebieten der französischen Gesetzgebung zuständige, Recht des einfachen Rücktritts sowie das Recht des Schadenersatzes wegen Nichterfüllung gewährt. Um jedoch zu verhüten, daß er auf Kosten des Säumigen fortspekulire, soll der Nichtsäumige dem Ersteren anzeigen, welchen der ihm gesetzlich freistehenden Wege er einschlagen will, widrigenfalls er auf die ihm seither allgemein zustehende nachträgliche Erfüllung nebst Schadensersatz wegen verzögerter Erfüllung beschränkt bleibt. An diese Anzeige knüpft sich zugleich der andere Zweck, dem Säumigen die Beseitigung des Verzuges durch nachträgliche Erfüllung zu ermöglichen. Ob zu diesem Behufe der Nichtsäumige eine mehr oder weniger bestimmte Frist bei der Anzeige zu setzen, oder aber nur auf Verlangen des Säumigen zu gewähren verbunden ist, kann dahingestellt bleiben. Unter allen Umständen

hat die, gleichviel ob bei der Anzeige zu setzende oder nachträglich zu gewährende Frist den einzigen Zweck, dem Säumigen „die Nachholung des Versäumten", die purgatio morae durch nachträgliche Erfüllung zu ermöglichen.

Bestehen aber zwischen den Kontrahenten Differenzen über den Inhalt des abgeschlossenen Geschäfts, in deren Folge der eine Theil die Erfüllung so, wie der andere Theil sie verlangt, bestimmt verweigert, so ist die nicht begehrte Fristgewährung selbstverständlich unthunlich und die Fristsetzung völlig überflüssig, weil nicht allein die rechtzeitige Erfüllung unterlassen, sondern die Erfüllung überhaupt so, wie beansprucht, nach dem erklärten Willen des Weigernden ausgeschlossen ist. Diesen einmal erklärten Willen darf der andere Theil als ernstlichen und definitiven ansehen und ist nicht verbunden, zum eigenen Schaden dem Säumigen die Aenderung seines Entschlusses zu ermöglichen. Die gegentheilige Annahme (Sammlung wichtiger Entscheidungen K. Bayerischen Handelsappellationsgerichts Bd. III S. 418, Busch's Archiv I S. 404) führt entweder auf nutzlose Formalitäten oder auf die dem ausgesprochenen Zwecke des Gesetzes zuwiderlaufende Unterstellung, daß die Fristgewährung, statt der Nachholung des Versäumten, der beliebigen Aenderung deutlicher Willenserklärungen zu dienen bestimmt sei." (6. Okt. 71. M. III. 67; St. IV. 8.)

Art. 357.

Begriff des Fixgeschäftes.

162. Bekl. hat die Lieferung von 50 Malter Weizen übernommen, und zwar ist hierbei, wie er behauptet, verabredet worden, daß Kläger ihm mit nächstem auf den Vertragsschluß folgenden Montag 50 Säcke zum Fassen des Weizens zusenden und daß Bekl. dann sofort die mit Weizen gefüllten Säcke dem Kläger zurücksenden solle. Das O.H.G. führt aus, daß hier kein Fixgeschäft im Sinne des Art. 357 vorliege. „In Erwägung, daß nicht jedes Geschäft, bei welchem eine bestimmte Erfüllungszeit verabredet worden, als Fixgeschäft im Sinne des Art. 357 angesehen werden darf, vielmehr nicht nur die Worte des Art. 357: „Ist bedungen, daß die Waare genau zu einer fest bestimmten Zeit oder binnen einer fest bestimmten Frist geliefert werden soll 2c.", sondern auch die der Emanation des H.-G.-Buchs vorhergegangenen Verhandlungen ergeben, daß im Art. 357 diejenigen Ausnahmsfälle haben vorgesehen werden sollen, in welchen die verabredete Erfüllungszeit nach der entweder ausdrücklich und mit unzweideutigen Worten (genau, präzis, fix, oder Beifügung der kassatorischen Klausel) ausgesprochenen oder sich aus den vorliegenden Umständen zweifellos ergebenden Intention der Paciscenten etwas dergestalt Wesentliches sein soll, daß mit dieser Zeit der Vertrag stehen und fallen, eine spätere Leistung nicht mehr als Vertragserfüllung angesehen werden, nach Ablauf der Zeit oder Frist auf Annahme späterer Lieferung nicht mehr gerechnet werden soll." (24. März 71, M. II. 21; St. II. 18.)

163. Art. 357 hat nur diejenigen Fälle im Auge, bei welchen nach Absicht der Kontrahenten die Leistung weder früher noch später als zur verabredeten Zeit gefordert oder gemacht werden darf, wo also die Zeitbestim-

mung eine wesentliche Bedingung des Geschäftes ist und auf Abnahme der verspäteten Leistung nicht mehr mit Sicherheit gerechnet werden kann. Ob die Absicht der Kontrahenten darauf gerichtet war, muß aus den Worten des Vertrages, oder falls diese keinen Aufschluß ergeben, mindestens aus den Umständen bestimmt hervorgehen. -- Im vorliegenden Falle besagt zwar der Vertrag, daß K. die Kohlen in der zweiten Hälfte Juli nach Elbing zu liefern habe, daß aber die Einhaltung dieser Lieferzeit wesentliche Bedingung im obigen Sinne sein sollte, ergibt weder der Vertrag selbst, noch geht es aus den Umständen, namentlich nicht aus der Natur oder Bestimmung der Waare hervor; im Gegentheil läßt sich aus der Korrespondenz der Parteien folgern, daß beide Theile von der Unterstellung ausgingen, es könne die Lieferung als eine vertragsmäßige auch noch später geschehen. Ein Fixgeschäft läßt sich daher nicht annehmen. (28. Nov. 71. M. IV. 33; C. II. 1.)

164. Die Stipulation sofortiger Lieferung verleiht dem Kaufgeschäft noch nicht den Charakter eines Fixgeschäfts. Die Pflicht sofortiger Erfüllung besteht bei allen nicht befristeten Obligationen, es muß also noch ein besonderes Moment hinzukommen, aus dem sich ergibt, daß die Waare genau zu einer festbestimmten Zeit oder binnen einer festbestimmten Frist geliefert werden solle. (3. Nov. 71. M. III. 89; St. IV. 32.)

165. „Da ungeachtet der kontraktlichen Bestimmung, daß der Bezug der Kohlen sofort stattfinden könne, ein Fixgeschäft im Sinne des Art. 357 keinesfalls vorliegt." (30. Dez. 70. St. I. 23; C. I. 66.)

166. „Der in der Nichtigkeitsbeschwerde als verletzt bezeichnete Rechtsgrundsatz,

> als Fixgeschäft im Sinne des Art. 357 habe jeder Vertrag zu gelten, bei welchem für die Lieferung eine feste Zeit oder Frist bedungen sei,

besteht, so wie er aufgestellt ist, keineswegs, wie der Art. 357 durch den Zusatz genau vor zu einer festbestimmten Zeit lehrt." (21. März 71. C. I. 80.)

167. Die Verabredung,

> daß ein Theil der Hölzer, besonders der größeren Längen, bis 1. Oktober, der letzte Theil bis spätestens Mitte November 1869 zu liefern sei,

macht den Lieferungsvertrag nicht zu einem Fixgeschäft. (28. Okt. 71. M. III. 59; St. IV. 29; C. I. 188.) Ebensowenig die Verabredung der Lieferung „binnen kürzester Frist". (30. Sept. 71. M. III. 61; St. III. 71.)

168. Ein Fixgeschäft liegt nicht vor, wenn verabredet ist, daß die ersten 100 Zentner vom 21. Februar ab nach Verlauf von 8 Tagen, der Rest nach den darauffolgenden 8 Tagen geliefert werden solle. (22. Febr. 72. M. V. 37.)

169. a) „Die Vereinbarung, daß die Lieferung successive, von Woche zu Woche, erfolgen solle, enthält kein Fixgeschäft.

b) In der widerspruchs- und vorbehaltslosen Empfangnahme der einzelnen Lieferungen in Verbindung mit den ebenso vorbehaltslos geleisteten Zahlungen liegt ein Verzicht auf etwaige Ansprüche wegen zu später Lieferung.

c) Die Schadensforderung des Bekl. ist unsubstantiirt. Denn er gründet dieselbe darauf, daß seine Mühle in Folge der verspäteten Getreidelieferungen habe stillstehen müssen, hat aber unterlassen, den Kausalnexus darzulegen. (L. 21 §. 3 de a. e. v. 19. 1.) (27. Sept. 71. M. III. 58; St. III. 73.)

Umwandelung eines fixen Lieferungsgeschäftes in ein nicht fixes.

170. Es war auf Lieferung von Rapskuchen per September, d. h. bis zum 30. September, geschlossen. Auf Ersuchen der Verkäuferin hat Käufer durch Schreiben vom 2. und 21. Oktober von der fixen Lieferungsfrist Abstand genommen, ohne daß ein neuer präziser Termin an die Stelle gesetzt worden wäre. Das Geschäft ist hiermit durch Prolongation in ein nicht fixes verwandelt und dem Geltungsbereich des Art. 357 entzogen worden. Der Appellationsrichter erblickt in den beiden Schreiben des Käufers die Erklärung, beim Vertrage stehen bleiben zu wollen, also eine Ausübung des dem Käufer zustehenden Wahlrechts, erachtet dieselbe aber mit Rücksicht auf Art. 357. 1 für verspätet. Unrichtig. „Denn läge wirklich eine im Sinne des Art. 357 des H.G.B.'s verspätete Anzeige dieser Art vor, so würde jedenfalls, nachdem einmal durch vorausgehende oder nachfolgende Zustimmung der Verkäuferin ein Uebereinkommen über nachträgliche Vertragserfüllung erzielt war, die Käuferin sich von dieser Uebereinkunft nicht aus dem Grunde lossagen können, daß sie es unterlassen habe, ungesäumt nach Ablauf der Lieferungszeit ihren auf Vertragserfüllung gerichteten Willen zu erklären. Auch macht Revidentin mit Recht geltend, daß die ungesäumte Anzeige lediglich im Interesse des säumigen Theiles vorgeschrieben ist, um weitere Spekulationen des Nichtsäumigen zum Nachtheil des Säumigen auszuschließen. Keineswegs aber wird, wohin die der Entscheidung des Appellationsrichters zu Grunde liegende Interpretation des Art. 357 des D.H.G.B.'s führen müßte, bei Unterlassung der rechtzeitigen Anzeige der ganze Anspruch des nicht säumigen Theiles aus dem fixen Lieferungsgeschäft in der Weise auf eine bestimmte Geldsumme rechtlich reduzirt und jedes Zurückgehen auf das Kaufgeschäft nach seinem ursprünglichen Inhalt ausgeschlossen, daß einer dahin gerichteten früheren oder späteren Vereinbarung der Paciscenten rechtliche Wirkung versagt werden durfte. Eine solche Behandlung würde vielmehr der Natur auch des fixen Lieferungsgeschäfts, welches ungeachtet der strengeren, an den Fall des Verzugs gesetzlich geknüpften Rechtswirkungen, ein nach Treu und Glauben und nach der Geschäftssitte zu beurtheilendes Kaufgeschäft bleibt, entschieden widerstreiten." (31. Januar 71. M. I. 75; St. I. 45.)

Casuelle Versäumniß des Stichtages.

171. Bekl. hat dem in K. wohnhaften Mühlenbesitzer R. 200 Zentner

Roggenmehl „ab Bahn, Kahn oder Lager franko hier (Berlin)" verkauft, mit der Bestimmung, daß die Abnahme in den Monaten Mai bis August 1870 nach Wahl des Bekl. erfolgen solle. Am 17. August kündigte Bekl. dem Kläger das Mehl zur Abnahme bis zum 18. August, Abends 7 Uhr. Nach dem Postenlauf konnte dieser Brief erst am 18. August Mittags beim Kläger eintreffen, und Letzterer war nicht mehr im Stande, bis zum 18. August Abends in Berlin zu sein. Als er sich demnächst am 19. beim Bekl. einfand, wurde ihm die Lieferung verweigert. Das Stadtgericht hat hiernach den 19. als Stichtag angenommen und demgemäß den Bekl. zur Zahlung der Differenz zwischen dem Lieferungspreis und dem Börsenpreise am 19. verurtheilt. Das Kammergericht dagegen führt aus, die Einhaltung des Stichtages sei dem Kläger durch „Zufall" unmöglich gewesen, d. h. es stehe ihm eine begründete Entschuldigung zur Seite. Danach sei die Bestimmung des Stichtages seitens des Bekl. für nicht geschehen zu erachten. Kläger hätte somit den Bekl. mit Ablauf der Lieferungsfrist, am 31. August, durch Erbieten zur Abnahme in Verzug setzen müssen. Da er dies nicht gethan, so habe der Bekl. vom Vertrage zurücktreten können. Diese Entscheidung und die auf Grund derselben erfolgte Abweisung des Klägers ist vom O.H.G. gegen die Nichtigkeitsbeschwerde des Klägers aufrecht erhalten. Die Auffassung des Imploranten, daß an Stelle des vom Bekl. bestimmten der nächstfolgende Tag als Stichtag treten müsse, wurde verworfen. (14. Nov. 71. C. II. 2.)

Unverzüglicher Verkauf.

172. Es lag ein Fixgeschäft vor. Kläger (Verkäufer) hat dem mit der Zahlung des Kaufpreises für die noch nicht übergebene Waare im Verzug befindlichen Käufer unmittelbar nach Ablauf der festgesetzten Frist erklärt, daß er auf Erfüllung bestehe, aber für den Fall der Nichtabnahme der Waare sich binnen 3 Tagen das Recht vorbehalte, dieselbe öffentlich verkaufen zu lassen. Bekl. hält den hiernächst wirklich erfolgten öffentlichen Verkauf als nicht dem Gesetze entsprechend, weil nicht „unverzüglich" geschehen. Mit Unrecht. „Wenn wie im vorliegenden Falle der Verkäufer den Käufer sofort mit Vorbehalt des Verkaufsrechts zur Erfüllung aufgefordert hat, so steht es nunmehr, wie bei gewöhnlichen Geschäften, in der Macht des Käufers nachträglich zu erfüllen, und falls er dieser Aufforderung gegenüber von Neuem in Verzug kommt, so kann er sich auf die Thatsache, daß ursprünglich ein Fixgeschäft vorgelegen habe, nicht mehr berufen, vielmehr muß er sich nach den gewöhnlichen Grundsätzen behandeln lassen. Wer Erfüllung verlangen darf, muß auch befugt sein, im Falle der Nichterfüllung Schadensersatz zu begehren; die Geltendmachung dieses letzteren erfolgt aber im kaufmännischen Verkehre gegen den säumigen Käufer gerade dadurch, daß der Verkäufer unter Beobachtung der Vorschriften des Art. 343 des H.G.B. die Waare auf Rechnung des Käufers verkaufen läßt, um seinen Schaden zu liquidiren." (13. Dez. 71. M. IV. 57.)

Schadensersatz.

173. Es ist auf fixe Lieferung von Mehl geschlossen. Käufer hat, da nicht rechtzeitig geliefert worden, 150 Säcke Mehl anderweit gekauft und

fordert das Plus, um welches der von ihm gezahlte Kaufpreis den mit dem Verkäufer vereinbarten übersteigt, von Letzterem als Entschädigung Der Appellationsrichter meint, da Käufer nicht in Gemäßheit von Art. 357 Abs. 3 die Differenz zwischen dem Kauf- und dem Marktpreise liquidirt habe, so hätte er nachweisen müssen, sowohl, daß ihm das Mehl unentbehrlich war und daß er dasselbe wegen mangelnder Lieferung anderweit beschaffen müßte, wie, daß der von ihm gezahlte Kaufpreis angemessen gewesen sei. Diese Entscheidung ist vom O.H.G. gebilligt, als in vollem Einklang mit Art. 357 stehend. (6. Juni 71. St. II. 51; C. II. S. 47.)

Ausübung des Wahlrechts.

174. Bekl. hatte dem Kläger binnen bestimmter Fristen 14000 Stück Visire zu liefern; hinsichtlich deren Kläger einem Lüttich̲er Hause verpflichtet war. Bekl. hielt die Fristen nicht ein und lieferte überhaupt nur 3025 Stück. Dem Kläger wurden in Folge dessen von seinem Abnehmer angeblich 4000 Stück abbestellt, die er dann seinerseits brieflich beim Bekl. abbestellte. Von den hiernach verbleibenden 10,000 Visiren hat Kläger, wie er behauptet, die fehlenden 6975 Visire anderweit in Lüttich zu höherem Preise bezogen. Kläger beansprucht in Betreff dieser 6975 Stück die Differenz zwischen dem dem Bekl. bewilligten Preise und dem späteren höheren Bezugspreise, in Betreff der abbestellten 4000 Stück den entgangenen Gewinn. Aus den Gründen:

a) Kläger hat nur zu beweisen, daß er die fraglichen 6975 Stück in Lüttich zum Preise von 2 Fr. 58 Cent. per Stück (dem höheren Preise) habe anfertigen lassen, nicht aber außerdem noch, daß er, um den von ihm eingegangenen Verbindlichkeiten zu genügen, dieselben habe anderweit anfertigen lassen müssen. Nach dem mit dem Bekl. abgeschlossenen Vertrage war Kläger berechtigt, die fehlenden Stück anderweit zu beziehen, falls Bekl. seinen Verbindlichkeiten nicht nachkommen sollte (dies war eine ausdrückliche Vertragsklausel). Daher braucht Kläger auch nur diese Thatsache zu erweisen und nicht seine Geschäftsverhältnisse seinem Besteller offen zu legen. Dies würde nur dann erforderlich sein, wenn ein jene Preisdifferenz übersteigender höherer Schaden gefordert wäre. — Art. 357 a. E.

b) Kläger braucht nicht nachzuweisen, daß er den Preis von 2 Fr. 58 Cent. wirklich *bezahlt* habe. Es genügt der Nachweis, daß seine Verbindlichkeit zur Zahlung desselben begründet worden ist. Die Möglichkeit einer gänzlichen oder theilweisen Tilgung der Verbindlichkeit durch Verzicht, Versicherung u. dgl. ist nicht zu berücksichtigen; „die Ausführung des Bekl. endlich, daß die bloße Uebernahme einer Verbindlichkeit nur einen Anspruch auf *Befreiung* von derselben begründe, ist um so mehr für unzutreffend zu erachten, als eine solche Exnexuation in den kaufmännischen Verkehr eine demselben fremde, lästige Weitläufigkeit hineintragen würde."

c) Der Anspruch auf entgangenen Gewinn in Betreff der 4000 Stück Visiere ist unbegründet. Kläger hat dieselben dem Bekl. brieflich abbestellt mit den Worten: „Sie wollen demgemäß den Ihnen ertheilten Auftrag auf nur 10,000 reduzirt ansehen." Er ist mithin hinsichtlich dieser 4000 Stück vom Vertrage abgegangen. Damit hat er sich für die eine der drei ihm nach Art. 355 zustehenden Alternativen entschieden. Nachdem er diese Wahl

einmal getroffen und dem Bekl. mitgetheilt hat, kann er seinen Entschluß nicht mehr ändern und auf die zweite Alternative des Art. 355 zurückgehend, Schadensersatz wegen Nichterfüllung beanspruchen. (16. Okt. 71. M. III. 45; St. IV. 19.)

Anzeige.

175. Aus der Anzeige, welche Art. 357 fordert, muß bestimmt hervorgehen, es werde auf Erfüllung nach der bestimmten Zeit bestanden werden. Eine vor Ablauf der Stichzeit, am Stichtage selbst, ergangene Aufforderung, welche sich der Natur der Sache nach nur auf die dem Vertrage gemäße Erfüllung bezieht, kann nicht als solche Anzeige gelten oder sie ersetzen. (27. Febr. 72. M. V. 38.)

Stellung des Säumigen.

176. Liegt ein Fixgeschäft im Sinne des Art. 357 vor, so hat der säumige Käufer überall keinen Anspruch auf Erfüllung gegen den Verkäufer. (24. Jan. 71. M. I. 72; St. I. 37.)

Dispositives Recht.

177. Diese Art. enthalten nur dispositives Recht, eine Abänderung derselben durch kontraktliche Vereinbarung ist mithin keineswegs ausgeschlossen. (19. März 72. M. V. 42.)

Art. 359.

Verpflichtung zur Annahme von Theilleistungen.

178. Auch in dem Falle, wenn die Erfüllung des Vertrages dem Gegenstand nach theilbar ist, braucht ein Kontrahent eine theilweise Leistung nur dann anzunehmen, wenn ihn der abgeschlossene Vertrag oder sonstige rechtliche Gründe hierzu verpflichten. — Art. 359 steht dem nicht entgegen. „Allerdings ist hier bestimmt, daß, wenn die Erfüllung des Vertrages auf beiden Seiten theilbar ist, nur ein theilbares Abgehen des einen Kontrahenten von dem Vertrage statthaft sein solle, aber es wird dies davon abhängig gemacht, daß der säumige Kontrahent einen Theil des Vertrags bereits erfüllt habe, mithin, daß diese Erfüllung von dem Nichtsäumigen angenommen worden sei. Keineswegs hat der Art. 359 den Rechtssatz aufstellen wollen, daß bei Theilbarkeit des zu leistenden Gegenstands der eine Kontrahent verpflichtet sei, eine theilweise Erfüllung seitens des anderen Kontrahenten sich ohne rechtliche Verpflichtung gefallen zu lassen. (10. Februar 72. M. V. 25.)

Analoge Anwendung.

179. Bei mangelhafter Erfüllung ist der Käufer, sofern die Lieferung eine trennbare ist, nur berechtigt, die mangelhaften Gegenstände, nicht das ganze Kaufobjekt zu redhibiren. Dies hat das O.H.G. auf Grund des gemeinen Rechts (L. 34 — 40 D. 21. 1) angenommen. Die Frage, ob Art. 359 hier analoge Anwendung finde, ist unentschieden gelassen. Trennbarkeit der Lieferung wurde angenommen in einem Falle, in welchem

79 Dutzend Felle zu 30 Fl. per Dutzend verkauft waren, unter denen sich 25 Dutzend schlechter Qualität befanden. Deduzirt wurde die Trennbarkeit daraus, daß das Objekt des Kaufes an sich als ein trennbares sich darstelle, daß der Preis per Dutzend stipulirt sei, daß der bei weitem größte Theil der Felle (wie das Gericht erster Instanz mit Recht bemerke, eine „auch für den Großhändler verwendbare Quantität") sich als kontraktgemäß ergeben habe, und daß Alles, was Verklagter anführe, für eine Untrennbarkeit nicht schlüssig sei. 18. April 71. M. II. 49. Uebereinstimmend Entscheidung vom 23. Mai 71. M. II. 72; St. II. 44; C. I. S. 303.

Börsengeschäfte. Prolongationsgeschäft.

180. Ist bei einem Vertrag über die Lieferung von Börsenwaaren auf die Usancen der Berliner Börse Bezug genommen, so finden dieselben auch auf das hinsichtlich dieser Lieferung geschlossene Prolongationsgeschäft Anwendung. (19. März 72. M. V. 42).

Differenzgeschäft.

181. Klg. hat Kommissionen des Bekl. zum Ankauf von Roggen, Rüböl und Spiritus in der Weise effektuirt, daß er dem Bekl. angezeigt hat, er trete unter Zugrundelegung der Berliner Usancen und der Schlußscheine der Berliner Mäkler als Verkäufer ein. Bekl. behauptet, es liegen klaglose Differenzgeschäfte vor. „Ob ein Differenzgeschäft klagbar ist oder nicht, kann auf sich beruhen bleiben, jedenfalls ist der Inhalt des vorliegend abgeschlossenen Rechtsgeschäfts nicht derartig, daß sich daraus auf eine dem Wortlaut des Vertrages entgegenstehende Absicht der Parteien schließe ließe. — Wenn Bekl. den Grund, daß niemals ein Schlußschein vollzogen ist, darin finden will, daß die Formulare der Schlußscheine von effektiver Lieferung reden, und somit diesen Umstand zum Nachweise dafür, daß die Intention niemals auf effektive Lieferung gegangen sei, benutzen will, so übersieht er dabei, daß nach der von ihm zugestandenen Behauptung der Klägerin alle Bestimmungen der Schlußscheine, mithin auch die in Rede stehende, maßgebend sein sollten." (4. Nov. 70. M. I. 25, C. I. 10.)

Differenzgeschäft.

182. Der Acceptant wendet ein, daß der Accept zur Deckung von Forderungen aus reinen Differenzgeschäften gegeben sei. Die Geschäfte haben in Aufträgen zum Ankauf von Getreide bestanden, wobei dem Bekl. die Absicht erklärt sein soll, daß nicht effektiv geliefert, sondern nur am Stichtag die Differenz regulirt werden solle. Verworfen. Bekl. hätte darthun müssen, daß er das Accept zur Deckung aus unerlaubten Geschäften gegeben habe. In dieser Richtung sei sein Einwand nicht substantiirt, seine Angabe, die oben erwähnte Absicht erklärt zu haben, sei zu allgemein, um diese Folgerung zu rechtfertigen. (21. Okt. 71. M. III. 74; St. IV. 26. C. I. 169.)

Differenzregulirung.

183. Bekl. hat vom Klg. 100 Last Weizen per April/Mai 1866 gekauft und ihm später dieselbe Quantität zu niederem Preise verkauft. Auf Regulirung der Differenz in Anspruch genommen, wendet er ein, durch Ver-

abredung mit dem Klg. seien die beiden Verträge novationsweise aufgehoben und in andere Lieferungsgeschäfte mit Juli und August Lieferzeit verwandelt. Er beruft sich dabei namentlich auf ein Schreiben des Klägers, in welchem es heißt:

„Wir haben nun heut endlich Gelegenheit gefunden, Ihre 100 Last April/Mai Weizen gegen 100 Last Juli/August mit $4^{3}/_{4}$ Differenz zu tauschen, indem es uns gelang, 100 Last April/Mai zu $108^{1}/_{2}$ für Sie zu verkaufen und dagegen unter umstehend gleichen Bedingungen 100 Last Juli/August zu $113^{1}/_{4}$ für Sie anzukaufen."

Verworfen. Der Ausdruck tauschen ist nicht, wie Bekl. will, von der Veränderung des objektiven Bestandes einer Lieferungsobligation durch Substitution einer anderen, sondern, einem bekanntlich nicht seltenen Sprachgebrauche gemäß, von einer Veränderung in der subjektiven Anschauung der Betheiligten, von dem Wechsel des Spekulationsprinzips zu verstehen, welches in dem Abschluß mehrerer, hinsichtlich der Voraussetzung von gewinnbringenden Konjunkturen verschiedener, Lieferungskäufe zu Tage tritt. (1. Nov. 70. M. I. 24; C. I. 38.)

Verkauf von Prämienloosen.

184. Sind zu einer Prämienziehung Prämienloose mit Nummernaufgabe verkauft, so müssen die Nummern spätestens am Abend vor dem Ziehungstage zur Kenntniß des Käufers gelangen. Sonst ist der Käufer zur Uebernahme der Loose nicht verbunden. Gleichgiltig ist, worin das verspätete Eintreffen seinen Grund hat, ob in einem Kasus oder in einem Versehen des Aufgebenden. (11. Oktober 71. M. III. 42; St. IV. 14; C. II. 21.)

Art. 361.

Rechenschaft.

185. Die Art der Rechenschaft, die der Kommissionär dem Kommittenten abzulegen hat, insbesondere ob förmliche Rechnung zu legen ist, hängt von den Umständen des einzelnen Falles ab. (17. Juni 71. M. II. 98.)

Rechnungslegung des Kommissionärs.

186. „Dem Obergericht war darin beizutreten, daß, wenn die Kläger gegen die ihnen durch den Theilhaber des beklagtischen Hauses R. H. am 5. März 1866 zugestellte Verkaufsrechnung über die jenem Hause in Konsignation gegebenen Denims bis zum 8. Mai 1866 keine Einwendungen erhoben haben sollten, hierin in Mitberücksichtigung der sonst unter den Parteien stattgehabten Vorkommnisse eine Anerkennung jener Verkaufsrechnung zu erblicken sein würde." - Das Ob.H.G. gelangt zu diesem Ergebniß auf Grund der Erwägung, daß im kaufmännischen Verkehr vielfach das Bedürfniß maßgebend ist, den vorkommenden Geschäften, sobald die Leistungen der Betheiligten zur Ausführung gebracht worden sind, baldigst einen definitiven Abschluß zu geben und namentlich die Rechnungsverhältnisse bald zu ordnen. Späte Erhebung von Reklamationen gegen empfangene Abrechnungen widerstreitet dem Interesse des Handelsstandes und mithin auch dem Verhalten, welches Geschäftsfreunde gegen einander zu beobachten haben. Hiernach ist

denn auch in solchem Fall in dem längeren widerspruchslosen Behalten eines Geschäftsberichts, namentlich einer Verkaufsberechnung Seitens des Empfängers ein „Anerkenntniß" zu finden, ohne daß man zum „Verzicht" zurückzugreifen brauchte. Vielmehr schlägt hier Art. 279 durch.

Der Konsignator braucht auch nicht ein besonderes Interesse an der zeitigen Monitur seiner Verkaufsrechnung darzuthun. Ein solches ist unzweifelhaft vorhanden; es besteht darin, daß die Schwierigkeiten der Rechtfertigung einer Verkaufsrechnung, zumal wenn es sich um überseeische Verkäufe handelt, mit dem Zeitverlauf immer zunehmen.

In Anwendung auf den konkreten Fall wird ausgeführt, daß das mehr als zweimonatliche Schweigen der Kläger schon an sich als ungewöhnlich lange betrachtet werden müsse, um so mehr als die Parteien bereits über eine Waare derselben Art in Differenzen gerathen waren, ja als sogar die konsignirte Waare selbst bereits Gegenstand von Verhandlungen unter den Partein geworden war. (5. Jan. 72. M. IV. 72.)

Art. 362 (364).

Verpflichtung des Kommissionärs zum Schadensersatz.

187. a) „Der Schadensanspruch des Konsignanten, dessen Waare gegen seinen Willen vom Konsignatar verkauft wird, unterliegt den Prinzipien der actio mandati directa. Diese führen dahin, daß der Konsignatar dem Konsignanten das Interesse zu ersetzen hat. Das Interesse besteht aber hier in demjenigen, was der Konsignant erlangt haben würde, wenn das Konsignations-Unternehmen durchgeführt worden wäre. Die Liquidirung dieses Interesses wird nicht selten Schwierigkeiten darbieten, denn es kommt nicht allein auf die meistens zu keinen Zweifeln Veranlassung gebende Frage an, welchen Gang die Preise in der dem eigenmächtigen Eingriff des Konsignators in das Unternehmen des Konsignanten folgenden Zeit genommen haben, sondern es handelt sich um die Fixirung des Zeitpunktes, zu welchem ohne jenen Eingriff des Konsignatars der Verkauf stattgefunden haben würde."

b. Schon im Civilrecht hat der Kontrahent das Interesse selbst seines in mora befindlichen Kontrahenten zu berücksichtigen — L. 1 § 3 Dig. 18. 6 — und man muß sich sowohl in Kontraktsverhältnissen wie außerhalb derselben befleißigen, die Folgen des fremden Versehens möglichst abzuwenden, wenn man hierauf einen Schadensersatzanspruch gründen will. L. 30 in fine, L. 52 Dig. 9. 2; L. 21 § 3 Dig. 19. 1. — In noch höherem Maße gilt dies in dem auf Beobachtung von Treue und Glauben gebauten Handelsverkehr. Die konkrete Anwendung dieses Satzes muß der Beschaffenheit des besonderen Falles vorbehalten bleiben; er ist aber auch in dem hier vorl. Fall anwendbar, in welchem der Konsignant den ohne Auftrag bewirkten Verkauf der konsignirten Waare zurückweist. Der Konsignant gilt hier nicht in Folge bloßen Stillschweigens als genehmigend und es muß ihm jedenfalls ein tempus modicum zur Feststellung seines Entschlusses freigelassen werden; er darf sich aber auch nicht so verhalten, daß der Schaden für den Konsignatar unnöthig vergrößert wird. In concreto ist angenommen worden, daß für den Konsignanten keine Veranlassung vorlag, dem Konsignatar tele-

graphische Mittheilung über seinen Entschluß zugehen zu lassen.*) (1. Dez. 71. M. IV. 43.

Genehmigung einer auftragswidrigen Handlung.

188. a. Es handelt sich darum, ob Bekl. als Einkaufskommissionär des Klg. letzterem eine Partie Rauchwaaren in Rechnung stellen dürfe, deren Ankauf Klg. weder beordert noch genehmigt haben will. „Die Unschlüssigkeit der Klage wird um deswillen behauptet, weil Kläger nach H.G.B. Art. 364 verpflichtet gewesen sei, den angeblich nicht auftragsgemäßen Einkauf der Janiseskoi-Schweife unverzüglich nach der durch Schreiben vom 27. Februar 1866 empfangenen Einkaufsanzeige abzulehnen und er habe, daß dies geschehen, schon in der Klage behaupten müssen. Allein mit Recht ist diese Auffassung von den Vorderrichtern zurückgewiesen worden. Denn wollte man überall, sei es aus H.G.B. Art. 364, sei es aus allgemeinen Rechtsprinzipien oder Handelsgebräuchen die Verpflichtung des Kommittenten herleiten, sich ungesäumt auf die Anzeige des Einkaufskommissionärs, daß er noch andere als die kommittirte Waare eingekauft habe, zu erklären, so würde doch an das Schweigen des Kommittenten sich immer nur die Präsumtion oder allenfalls Fiktion der stillschweigenden Genehmigung des unbeauftragten Einkaufs knüpfen, und es würde somit keineswegs die Behauptung der Nichtgenehmigung zum Klagefundament des seine Vorschüsse zurückfordernden Kommittenten, vielmehr die Behauptung der durch das Schweigen bewirkten Genehmigung zum Einredenfundament des beklagten Kommissionärs gehören. Hat überall, wie im vorliegenden Falle rechtskräftig feststeht und daher nicht Gegenstand richterlicher Kognition ist, der Kommittent zu behaupten und zu erweisen, daß eine vom Kommissionär in Rechnung gestellte Waare nicht Gegenstand des Einkaufsauftrags gewesen sei, so ist es jedenfalls Sache des Kommissionärs, Umstände zu behaupten und zu bescheinigen, welche ihn befugen, die ohne Auftrag gekaufte Waare dem Kommittenten in Rechnung zu stellen. Kläger würde somit durch Ableistung des mehrerwähnten Eides sein Klagefundament völlig erweisen."

b) Aus dem bloßen Schweigen des Klägers auf die Einkaufsanzeige kann dessen stillschweigende Genehmigung nicht gefolgert oder gar kraft gesetzlicher Fiktion entnommen werden. Namentlich folgt dies nicht aus Art. 364, da es sich nicht um eine bloße Ueberschreitung des Limito, sondern um den Einkauf weiterer Waaren neben den kommittirten handelt. (Die weiteren Erwägungen oben zu Art. 323.) Im vorl. Falle aber machten die besonderen Umstände dem Kläger eine Erklärung allerdings zur Pflicht. Die Fassung des Auftrages war zweifelhaft und es ist sehr wohl möglich, daß Bekl. beim Ankauf in gutem Glauben gehandelt hat. „Wenn unter solchen Umständen der Kommittent sich auf die Einkaufsanzeige des Komissionärs nicht erklärt, somit es unterläßt, dem wirklichen oder doch anscheinenden Irrthum desselben durch unzweideutige Erklärung über den wahren Inhalt des Auftrags entgegenzutreten, so liegt die Annahme, daß der Kommittent mit der Auffassung des Kommissionärs einverstanden sei und das

*) Diese Entscheidung bezieht sich auf denselben Rechtsstreit wie Nummer 189.

gesammte Verhalten desselben billige, um so näher, als es der im Handelsverkehr, zumal im Kommissionsgeschäft, nothwendigen bona fides und dem Gebrauche entspricht, wie im beiderseitigen Interesse nothwendig erscheint, Irrthümer, welche das Geschäft betreffen, baldmöglichst aufzuhellen." (29. Oktober 70. M. I. 22; C. I. 11.)

189. Art. 364[2] bezieht sich nur auf den das Limito überschreitenden Einkaufskommissionär, nicht auf den Fall einer instruktionswidrig ausgeführten Verkaufskommission. Auch zu einer analogischen Anwendung ist kein Grund vorhanden. „Der Einkaufskommissionär, welcher das ihm gesetzte Limito überschreitet, kann hiezu vernünftiger Weise nur durch die vermuthliche Annahme veranlaßt werden, daß er den Umständen nach durch die Bewilligung des höheren Preises dem Interesse des Kommittenten diene und folglich dessen nunmehriger Willensmeinung entspreche; und zwar geht er in der Fürsorge für das Interesse des Kommittenten so weit, daß er für den Fall, wenn jene Annahme sich nicht bewähren sollte, sich persönlich der Verbindlichkeit aussetzt, die Waare für eigene Rechnung übernehmen zu müssen. Unter solchen Voraussetzungen erscheint es als eine dringliche und nicht abzuweisende Forderung der Billigkeit, daß der Kommissionär in kürzester Frist darüber Gewißheit erhalte, ob er der im Interesse des Kommittenten übernommenen Verbindlichkeit enthoben werde oder nicht, um nicht im letzteren Falle durch die Verzögerung der Erklärung des Kommittenten an der Vornahme der im eigenen Interesse angemessenen Dispositionen über die Waare verhindert zu werden. Ueberdies würde der Kommittent, wenn er mit seiner Erklärung nicht alsbald hervortreten müßte, in die Lage kommen, sogar auf Kosten des Kommissionärs spekuliren zu können.

„Keine dieser Betrachtungen findet Anwendung auf den Fall, wenn der Verkaufskommissionär unter Nichtberücksichtigung wesentlicher Bestimmungen des Verkaufsauftrages (etwa zu einem das Limito, falls ein solches gesetzt sein sollte, nicht erreichenden Preise, oder unter Umständen, unter welchen er überhaupt nicht hätte verkaufen dürfen) einen Verkauf abgeschlossen und dessen Abschluß gemeldet hat. In solchem Falle ist eine Verschiedenheit der Lage des Kommissionärs, je nachdem der Kommittent den Verkauf genehmigt oder nicht genehmigt, nicht vorhanden. Mag das Eine oder das Andere eintreten, so ist er, wenn er die Waare dem Käufer nicht etwa schon geliefert hat, diesem zu deren Lieferung verbunden, und im Verhältnisse zum Kommittenten liegt ihm, falls dieser die Genehmigung versagt, ohne Weiteres Schadensersatzpflicht ob. Bestand ein Limito und lag die Ungehörigkeit des Verfahrens des Kommissionärs nur in der Nichteinhaltung desselben, so bildet dieses — wenigstens der Regel nach — die Grenze der Schadensvergütung (Art. 363 des H.G.B.'s); bestand keines oder hätte der Kommissionär überhaupt nicht verkaufen dürfen, so ist der Schaden nach allgemeinen Grundsätzen, unter Berücksichtigung der maßgebenden Umstände, festzustellen. Auch kann es dem Kommissionär keinen wesentlichen Nachtheil bringen, wenn der Kommittent sich veranlaßt sehen sollte, längere Zeit mit seiner genehmigenden oder den Verkauf als für ihn verbindlich zurückweisenden Erklärung zu verziehen; denn selbstverständlich ist der Kommittent nicht berechtigt, durch beliebige Wahl des Zeitpunktes der vorgedachten Erklärung das Evaluations-

maß der Schadensaufstellung willkürlich zu bestimmen." (14. März 71. M. II. 19, St. II. 17; C. I. 114.)

Art. 365.

Kommissionär-Verkauf unter dem Limitum.

190. „Der Kommissionär, der von den Rechtswirkungen der Ignorirung des Limitum sich befreien will, hat den Beweis zu erbringen, daß der Kommittent, hätte er später verkauft, nothwendig einen niedrigeren Preis erzielt haben würde. An diesen Beweis sind nach der exzeptionellen Natur des vom Gesetze gestatteten Ausnahmefalles sowie im Interesse des Kommissionshandels selbst, der die thunlichste Aufrechthaltung der dem Kommissionär ertheilten Preisvorschriften erheischt, strenge Anforderungen zu stellen. So lange die Füglichkeit längerer Aufbewahrung der Waare, somit möglicher Fortsetzung der Verkaufsversuche durch den Zustand des Guts nicht ausgeschlossen ist, ergibt sich für den Kommittenten, erreicht er das Limitum nicht, immer nur die eine Pflicht des Abwartens, — nach Befinden aber, wenn gleichwohl der baldigste Verkauf zu einem niedrigeren Preise in des Kommittenten Interesse gerathen erscheint, die Pflicht vorgängiger Anfrage auf Grund des näher darzulegenden Sachverhalts und behufs Auswirkung anderweiter Instruktion, — ein Schritt, der von dem Kommissionär, sofern nicht Gefahr im Verzuge ist, vor Allem eingehalten werden muß, wenn er sich nicht den berechtigten Schädenansprüchen des Kommittenten ausgesetzt sehen will." (10. Nov. 71. M. IV. 1.)

Art. 371 (361).

Pflichten des Einkaufskommissionärs.

191. „Zu den Pflichten des Einkaufskommissionärs gehört an sich keineswegs die Ablieferung der eingekauften Waaren an den Kommittenten, sondern je nach Umständen der bloße Einkauf, d. h. der Geschäftsabschluß, oder auch dessen Realisirung, oder auch, daß er die Waare dem Kommittenten in gehöriger Weise zur Verfügung stellt, oder endlich, daß er für gehörigen Transport derselben an den Kommittenten Sorge trägt. Ein Mehreres kann ihm in Ermangelung einer besonderen Vereinbarung nicht zugemuthet werden.

H.G.B. Art. 371, 361 ff., 282, 279.

Hat er dieser Pflicht genügt, so ist sein Anspruch auf Ersatz des verauslagten Kaufgeldes nebst Spesen und auf Zahlung der Provision begründet, mag auch die Waare in die Hand des Kommittenten nicht gelangt sein, da die Transportgefahr an sich nur den Kommittenten trifft." (29. Okt 70. M. I. 22; St. I. 27.)

Art. 372.

Kommissionair als Selbstverkäufer.

192. Der erste Richter hat ausgeführt, „daß die Verklagte (Kommissionärin) bei der Einkaufsanzeige der fr. Papiere, deren Verkäufer nicht namhaft gemacht, der Kläger nach Art. 376 [3] das Recht, die Verkl. selbst als Verkäuferin in Anspruch zu nehmen, erworben habe, daß hieraus aber

mit Nothwendigkeit folgt, daß auch Verklagte des Nachweises des wirklichen Ankaufes der Papiere überhoben sei."

„Diese vom Appellationsrichter gebilligte Schlußfolgerung und die darin enthaltene Auslegung des Art. 376 verstößt gegen die allgemeinen Interpretationsregeln, insonderheit den aus den Motiven und der Fassung erkennbaren Sinn dieses Artikels sowie die Auffassung, welche derselbe im Handelsverkehr, in der Wissenschaft und anderweit in der Rechtsprechung gefunden hat." v. Hahn Com II., S. 372, § 13 und Note 21 v. Kräwel in Busch's Arch. VIII. S. 464; Erk. d. O. Tr. zu Berlin v. 20. Nov. 66 im Arch. f Rechtsfälle. Bd. 64, S. 300. (14. Okt. 71. M. III. 17; St. IV. 17; C. I. 170.)

193. Der Kommissionär, der dem Kommittenten den Namen seines Käufers nicht angibt, kann zwar als Selbstkäufer vom Kommittenten in Anspruch genommen werden, allein er ist nicht von vorneherein als solcher zu betrachten, sondern erst von dem Augenblicke an, wo der Kommittent ihm gegenüber erklärt, von dieser Befugniß Gebrauch machen zu wollen. (11. Okt. 71. M. III. 42; St. IV. 14; C. II. 21.)

194. „Es kann auf sich beruhen, ob der Kommissionär die ihm gesetzlich zustehende Befugniß, bei einer Verkaufskommission selbst als Käufer ꝛc. einzutreten, schon dadurch verliert, daß er die Ausrichtung dem Kommittenten meldet, ohne anzuzeigen, daß er von jener Befugniß Gebrauch gemacht habe, — wie das Obertribunal zu Berlin, von der Auffassung der Verkaufskommission als einer eventuellen Offerte zur Eingehung eines Propre-Geschäfts ausgehend, in mehrfachen Entscheidungen angenommen hat, vgl. Busch's Archiv Bd. 12, S. 340 flg. Denn auch wenn man mit dem O.A.G. zu Lübeck — Seuffert's Archiv Bd. 24, S. 108 flg. — dies negirt, die Wahlbefugniß des Kommissionärs unter den Gesichtspunkt alternativer Obligationen stellt und annimmt, daß allgemein gehaltene Aeußerungen über die Ausrichtung des Mandats ohne Nennung einer dritten Person als des Käufers den Kommissionär nicht hindern, sich nachträglich selbst als den Käufer hinzustellen, — weil das Gesetz selbst dem Worte „Auftrag" die weitere Bedeutung beilege, daß darunter die Befugniß zum Eintritt als Selbstkäufer mitbegriffen sei, daher denn dieses Wort, wenn die Kontrahenten sich seiner bedienen, auch im Zweifel in diesem weiteren Sinne genommen werden müsse, — so dulden doch jedenfalls die Prozeß-Verhandlungen eine solche Unbestimmtheit nicht. In diesen hat der Kommissionär sich von vorn herein bestimmt zu erklären, ob er die Mandatsklage anstellen oder aus einem Kaufkontrakte klagen will. Ist nun aber in den bisherigen Verhandlungen nur von einem Kommissionsgeschäfte die Rede, so haben die Kläger auch die Befugniß verloren, aus einem Propregeschäft zu klagen." (2. Januar 72. M. IV. 71.)

Wird in Folge der Anzeige des Kommissionärs die generell bestimmte Waare individualisirt?

195. Bekl. hatte im Mai 1864 dem Kommissionär B. zu Berlin durch den Agenten K. Auftrag zum Ankauf von 100 Wispel Roggen, lieferbar Oktober-November 1864, ertheilt und sich vorbehalten, bis Ende Sep-

tember Disposition hierüber zu treffen, widrigenfalls B. den Roggen sofort bestens weiter begeben sollte. Im Juli 1864 erhielt B. von dem Agenten telegraphische Ordre zum sofortigen Verkauf des Roggens. B. bewirkte den Verkauf; als er aber dem Bekl. unter Uebersendung der Verkaufsrechnung hiervon Anzeige machte, erklärte dieser, er habe dem Agenten K. keinen Auftrag zum Verkaufe ertheilt, B. möge sich an Letzteren halten. Darauf erklärte B., dann habe Bekl. die 100 Wispel nach wie vor per Oktober-November 1864 zu empfangen, er möge darüber disponiren. Bekl. verweigerte dies, weil die 100 Wispel schon im Juli von B. verkauft worden seien. Darauf hin kündigte B. am 3. und 4. Oktober den Roggen bei sich selbst und beansprucht vom Bekl. die Differenz. Im Gegensatz zu der Leipziger Juristenfakultät und dem Appellationsgericht hat das O.H.G. den Anspruch für gerechtfertigt erklärt. Auf die Desavouirung des vom Agenten K. ertheilten Verkaufsauftrages seitens des Bekl. war Kläger befugt und verpflichtet, den Verkauf vom 22. Juli wenn möglich zu annulliren und 100 Wispel Roggen fernerweit zur Disposition des Bekl. zu halten. Möglich war die Annullirung, wenn der zwischen den Parteien geschlossene Vertrag lediglich ein Differenzgeschäft enthielt, oder wenn der im Mai 1864 gekaufte Roggen die Eigenschaft nicht einer species, sondern eines genus hatte. Die erste Alternative (Differenzgeschäft) wird verneint, die zweite bejaht, und hierin besteht die Abweichung des O.H.G. von den vorher angeführten Entscheidungen, welche annehmen, daß die 100 Wispel durch die Meldung des Ankaufs zu einer res certa für den Bekl. geworden und durch den Verkauf im Juli beiden Theilen entrückt seien. Das O.H.G. dagegen führt aus: „Es waren zu kaufen und gekauft schlechthin 100 Wispel Roggen a 2000 Pfd. Eine Spezialisirung war nicht gegeben. Daß der Kläger dies Quantum effektiv übernommen, aus anderen Beständen für den Beklagten ausgeschieden, überhaupt durch irgend eine Maßnahme zu einem besonderen Individuum gemacht und solches dem Beklagten gemeldet hätte, ist weder behauptet noch ersichtlich. Die bloße Anzeige, daß er 100 Wispel Roggen wie aufgegeben an der Breslauer Börse für Beklagten gehandelt habe, genügte dazu nicht. Diese Anzeige blieb auch dann richtig, wenn der Kläger sich durch einen Abschluß mit einem Dritten die Disposition über das aufgegebene Quantum, ohne es zu empfangen, nach Maßgabe des Schlußscheines gesichert hätte oder wenn er kraft seines gesetzlichen Rechts — Art. 376 d. H.G.B. — als Selbstverkäufer eingetreten und etwa im Stande gewesen wäre, aus eigenen Beständen das nicht ausgesonderte Quantum seiner Zeit zu liefern. Die bloße Ausführungsanzeige enthielt also keine Thatsache, welche dem Beklagten ein Anrecht an einem bestimmten, individuellen Vorrath von 100 Wispel Roggen gegeben hätte. Folglich konnte der Kläger nach der Mißbilligung des Verkaufs vom 22. Juli 1864, ohne dem verkauften Objekt ein rechtlich anderes zu substituiren, sich auf die oben geschilderte Weise von Neuem in die Lage bringen, 100 Wispel Roggen a 2000 Pfd. nach Maßgabe des Schlußscheines zur Verfügung des Beklagten zu halten, unter Umständen also jenen Verkauf durch bloße Ab- und Zuschreibung in seinen Büchern zu annulliren." (3. Febr. 71. M. I. 77. C. I. 127.)

Berechnung des Börsenkurses.

196. Kläger hat durch die Beklagte die auf seinem Rittergut haften-

den, theils $3^1/_2$, theils 5prozentigen Pfandbriefe in $4^1/_2$prozentige konvertiren lassen. Die Anschaffung der hierzu nöthigen Stücke und die Einreichung derselben an die Landschaftsdirektion blieb der Bekl. überlassen. Am 7. Februar, resp. 9. März, erhielt die Beklagte von der Direktion die Anzeige, welche Appoints und wie viel Stücke einzuliefern seien, die wirkliche Einlieferung geschah nach Erledigung der erforderlichen Formalitäten erst am 14. Mai. — Die Beklagte berechnet gleichwohl dem Kläger den Kurs vom 8. Februar, resp. 3. März, weil sie von diesen beiden Tagen an die Pfandbriefe zum Umtausch habe bereit halten müssen, während Kläger nur den niedrigeren Kurs vom 14. Mai, dem Tage der wirklichen Verwendung, bewilligen will. Entscheidung zu Gunsten des Klägers.

a) Wenn dem Kommissionär zur Besorgung des Auftrages eine Frist gegeben ist und er als Selbstverkäufer eintreten will, so kann er behufs Berechnung des Börsen- oder Marktpreises nach Art. 376 2 nicht willkürlich jeden beliebigen Tag aus dieser Frist herausgreifen, sondern in der Regel entscheidet der Zeitpunkt, wo der Kommissionär die Anzeige von seinem Eintritt als Selbstkontrahent an den Kommittenten abgesendet hat.

b) Dieser Grundsatz kann aber unter Umständen gewissen Ausnahmen und Einschränkungen unterliegen. „So erleidet er eine Modifikation für die Fälle, in welchen die Einkaufskommission nur einen Theil eines weitergehenden Auftrags bildet, indem der Kommissionär zugleich beauftragt ist, die angeschafften Waaren 2c. im Interesse des Kommittenten zu einem bestimmten Zwecke zu verwenden. In einem solchen Falle erscheint es der Natur der Sache und der muthmaßlichen Absicht der Kontrahenten gemäß, mit der auftragsmäßigen, nicht mehr rückgängig zu machenden Verwendung auch die Einkaufskommission als erfüllt anzusehen und diese Erfüllung nicht erst mit dem Zeitpunkte der späteren Anzeige als geschehen zu betrachten.

Der wirklichen Verwendung läßt sich aber keineswegs eine bloße Einleitung derselben gleichstellen, sofern diese Einleitung blos in einer Entschließung, Bestimmung oder Anordnung des Kommissionärs besteht, welche sich nach außen nicht bekundet, an welche derselbe nicht gebunden ist und von welcher er willkürlich wieder abgehen kann.“ (28. Nov. 71. M. IV. 34; C. II. 5.)

Gewöhnlich vorkommende Unkosten. Courtage.

197. Zu den „gewöhnlichen Unkosten“, welche der als Selbstverkäufer, resp. Selbstkäufer, eintretende Kommissionär in Rechnung bringen darf, gehört auch die Courtage. — Der Art. 376 2 verträgt nicht die Auslegung, welche der Kläger versucht. Seine (in dem Erk. ausführlich dargelegte) Entstehungsgeschichte lehrt, daß die Meinung derjenigen, welche nur die Anrechnung wirklich gemachter Auslagen gestatten wollten, nach anfänglichem Siege unterlegen ist. Der Gesichtspunkt, daß der Kommissionär, welcher als Selbstverkäufer, resp. Selbstkäufer eintritt, in Ansehung der vom Kommittenten zu erstattenden Spesen nicht als Kommissionär zu behandeln sei, hat sich nicht durchsetzen können. Es würde auch dem Bedürfniß des Kommissionshandels widersprechen, nämlich in allen den Fällen, in denen das berechtigte Interesse des Kommissionärs die Geheimhaltung seiner Kundschaft fordert, ihn nöthigen, entweder dies Interesse zu verletzen oder aber auf Darlegung und Einhebung

eines Theils seiner Auslagen zu verzichten. — Und andererseits würde jener Gesichtspunkt dem Kommittenten einen Vortheil gewähren, auf den er bei Ertheilung der Kommission und bei der Stellung des Limitos verständiger Weise nicht gezählt haben kann. Es kommt hinzu, daß, wie schon bei der Berathung des H.G.B.'s hervorgehoben wurde (Protok. S. 740) sich namentlich im Bankiergeschäft selten sicher unterscheiden läßt, ob der Bankier für eigene oder fremde Rechnung ge- oder verkauft hat. Die Forderung des Nachweises wirklich bezahlter Courtage also würde mit dem regelmäßigen Betriebe des Bankiergeschäfts unverträglich sein. Die Richtigkeitsbeschwerde, welche übrigens ignorirt, daß unter den im Art. 376 genannten Unkosten vornehmlich die Courtage gemeint ist, erweist sich hiernach als unbegründet. (17. Okt. 71. St. IV. 20; C. I. 142.)

Art. 330 (361, 364).

Spedition unter Assekuranz.

198. Bekl. haben vom Kläger den Auftrag erhalten, 15 Ballen Tuch unter Assekuranz zu spediren, d. h. den doppelten Auftrag zu spediren und zu assekuriren. Aus dem ersteren haften sie auf Erfüllung resp. Entschädigung, aus dem letzteren auf Cession des Versicherungsanspruches, sofern sie nicht etwa neben dem Interesse des Kommittenten zugleich ihr eigenes Interesse versichert haben. Die Cession des Versicherungsanspruches fällt fort, wenn der Spediteur dem Kommittenten wegen des verbrannten Gutes bereits Entschädigung geleistet hat oder zu solcher rechtskräftig verurtheilt ist. Dagegen ist daraus, daß der Kommittent gleichzeitig eine Klage auf Entschädigung aus dem Speditionsauftrage angestellt hat, nicht unbedingt ein Einwand gegen die Forderung auf Cession des Versicherungsanspruches herzuleiten. (5. Mai 71. M. II. 60.)

Art. 380.

Spediteur. Sorgfalt bei Wahl des Transportweges.

199. Der Spediteur hat die nach Art. 380 ihm obliegende Sorgfalt nicht beobachtet, sowohl dann, wenn er für das ihm zur Spedition an eine bestimmte Adresse übergebene Gut ohne besondere, von ihm nachzuweisende Gründe, statt des gewöhnlichen kürzesten einen anderen weiteren Weg wählt, wie auch dann, wenn der Transport auf dem von ihm gewählten Weg entweder an und für sich im Allgemeinen oder wenigstens in dem speziell vorliegenden Falle für die Spedition mit besonderer Verzögerung und Gefahr verbunden ist. In jedem dieser Fälle hat der Spediteur für jeden Unfall zu haften, von welchem das Speditionsgut auf diesem ungewöhnlichen Wege betroffen wird, so lange er nicht nachgewiesen, daß auch dann, wenn er den gewöhnlichen Speditionsweg eingeschlagen hätte, derselbe Nachtheil eingetreten sein würde. (2. März 71. C. I. 128.)

Spediteur. Sorgfalt. Stillschweigende Genehmigung des Kommittenten.

200. Ein Hamburger Spediteur hatte den Auftrag, für ein Berliner Handlungshaus eine Kiste mit Modewaaren nach Neapel zu befördern. Das Schiff, dem dieselbe übergeben war, strandete an der holländischen Küste.

Der Spediteur ließ die Waare, in der Meinung, daß sie beschädigt sei und daß die Versicherungsgesellschaft hafte, nach Hamburg zurückkommen und zeigte dies dem Kommittenten an. In Hamburg ergab sich, daß die Waare unbeschädigt sei. Der Kommittent erklärte nunmehr, daß die Waare jetzt für den Adressaten ohne Werth sei und stellte gegen den Spediteur eine Klage auf Ersatz des aus der Faktur sich ergebenden Verkaufspreises an. Das O.H.G. hat Letzteren nach dem Klageantrag verurtheilt. Aus den Gründen: Nach Art. 380 hat der Spediteur zu beweisen, daß er die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes beobachtet habe. Diesen Beweis hat er nicht geführt. Im Gegentheil geht aus dem Sachverhalt hervor, daß er sich einer kulposen Handlungsweise schuldig gemacht hat. In Holland ist nach dem Stranden des Schiffes die Kiste zwar geöffnet, indeß nur oberflächlich untersucht worden; es konstirte nichts weiter, als daß sich beim Oeffnen der Kiste die Franzen der seidenen Tücher etwas feucht zeigten. Auf diese oberflächliche Besichtigung hin hätte der Spediteur, dessen Pflicht es war, den Transport möglichst schnell zu bewirken, die Waare nicht zurückkommen lassen dürfen, um so weniger, als er wußte, daß es sich um Modewaaren handle, die bei verzögerter Ankunft erheblich an Werth verlieren. Auf die Haftung der Versicherungsgesellschaft kann er den Kläger nicht verweisen, denn es liegt kein unzweifelhaftes Abkommen vor, wonach diese die Waare unter allen Umständen als beschädigt gelten lassen müßte. Ein solches Abkommen hätte er aber vor Anordnung des Rücktransportes nicht nur treffen, sondern auch für die Sicherung des Beweises sorgen müssen: er kann seinem Kommittenten nicht zumuthen, daß derselbe sich dieserhalb in einen zweifelhaften Prozeß verwickeln lasse. Ebensowenig ist der Einwand gegründet, daß Kläger durch sein Stillschweigen das Verfahren des Bekl. genehmigt habe. Denn Letzterer hat in seinem ersten Briefe nur gemeldet, daß das Schiff gestrandet sei und daß er die nöthigen Schritte gethan habe, um, falls sich der Verlust der Waare bestätigen sollte, Ersatz von der Versicherungsgesellschaft zu erhalten. Im zweiten Briefe zeigt er an, daß er den Rücktransport angeordnet habe, und daß die Waare bereits auf dem Rückwege sei. Auf diese beiden Nachrichten hatte Kläger weder Veranlassung zu protestiren, noch überhaupt sich zu äußern. (29. Sept. 71. St. IV. 3.)

Art. 380, 387 (362).

Spediteur. Schadensersatz.

201. Im Falle einer nicht auftragsgemäßen Handlung des Spediteurs ist demselben immer noch die Existenz eines dem Auftraggeber erwachsenen Schadens nachzuweisen. Der Spediteur hat nicht etwa umgekehrt die Nichtexistenz des Schadens darzuthun. (22. Nov. 71. M. IV. 29.)

Art. 384.

Spediteur als Transport-Unternehmer.

202. Bekl. ist nicht gewöhnlicher Spediteur, sondern Transport-Unternehmer im Sinne des Art. 384. Denn die Rechnung enthält in dem Satz von 2 Thl. pro Ctr. von Leipzig bis Triest ein Pauschquantum für die sämmtlichen Transportkosten inkl. Provision. „Mehr aber als die Verein-

barung über ein solches Pauschquantum der Transportkosten wird nach H.G.B. Art. 384 nicht erfordert, um den Spediteur, auch wenn er nicht selber den Transport ausführt, für diese Ausführung durch Zwischenspediteure und Frachtführer insoweit verantwortlich zu machen, als diese letzteren selber haften. Ob daher im Zweifel ein einfacher Speditionsauftrag als gewollt anzunehmen sei, kann dahingestellt bleiben, zumal die durch Art. 384 H.G.B. geregelte Transportunternehmung nicht nur nach dem Rechte vieler handeltreibenden Staaten den einfachen Speditionsvertrag sogar völlig absorbirt hat, sondern auch nach der thatsächlichen Gestaltung des Deutschen Landtransportwesens sich nicht mehr als singuläre Ausnahme gegenüber dem einfachen Speditionsvertrage verhält." (4. Mai 71. M. II. 58; St. II. 33; C. I. 101).

Annoncenspediteur.

203. Der Kläger war berechtigt, „den vollen Betrag der regelmäßigen Insertionskosten für Annoncen und Reklamen dem Beklagten in Rechnung zu stellen, und nur verbunden, dabei den vertragsmäßig bewilligten Rabatt — dessen Höhe noch streitig ist — in Abzug zu bringen. Ob Kläger selber den vollen Betrag der regelmäßigen Insertionskosten den Zeitungen gezahlt hat oder auch nur zu zahlen verbunden war, kümmerte den Beklagten nicht. Kläger war nicht ein gewöhnlicher Commissionär, bez. Spediteur von Annoncen, welcher einfach die gehabten Auslagen nebst Provision dem Committenten in Rechnung zu stellen hat. Vielmehr erscheint er als ein Speditionsunternehmer, welcher einen bestimmten Preis für die übertragene Besorgung berechnet, nämlich die gewöhnlichen Insertionskosten abzüglich des vertragsmäßigen Rabatts. Gewinnt er dabei durch vortheilhaftes Abkommen mit den betreffenden Redactionen oder Verlegern, indem er weniger oder gar nichts zu zahlen hat, so ist das sein Verdienst. Ein solches Vertragsverhältniß hat in dem verwandten Falle der Waarenspeditionsunternehmung im H.G.B. Art. 384 auch gesetzliche Anerkennung gefunden.

Kommen somit die von den betreffenden Redactionen oder Verlegern möglicherweise dem Kläger hinsichtlich der Bezahlung von „Reclamen" bewilligten Vergünstigungen dem Beklagten nicht zu Statten, so verhält sich dies doch offenbar ganz anders mit denjenigen Reclamen, für welche nach der völlig zutreffenden Formulirung des obergerichtlichen Beweissatzes:

> den betreffenden Zeitungen nach deren allgemeinen, jedem Inserate gegenüber in Anwendung kommenden Bedingungen eine Zahlung überall nicht zu leisten gewesen ist.

Wird, wie Beklagter behauptet, überall oder doch bei häufigen und gleichzeitigen Annoncen in derselben Zeitung für Reclamen gar nichts bezahlt, handelt es sich somit nicht um eine dem Kläger vermöge seiner besonderen Geschäftsbeziehungen, sondern um eine jedem Inserenten unter den gleichen Umständen gleichmäßig zu Gute kommende Vergünstigung, so war Kläger insoweit nicht berechtigt, dem Beklagten für Reclamen irgend etwas — außer etwa dem Betrage seiner wirklichen Auslagen und einer hier nicht in Frage stehenden Provision für seine Bemühung — in Rechnung zu stellen, da insoweit Beklagter eine Verpflichtung zur Zahlung von Reclamekosten nicht übernommen hat." (10. Jan. 71. M. I. 62; C. I. 132 — vergl. auch Erk. v. 17. März 71. C. II. S. 39.)

204. „Das Rechtsgeschäft, dem der Inhaber eines Annoncenbureaus sich unterzieht, nimmt dessen Thätigkeit nach dem im Handelsverkehr mit einem solchen Geschäft verbundenen Begriffe (Art. 279 des H.G.B) in verschiedenen mandatsmäßigen Richtungen in Anspruch, Richtungen, welche theils dem Bereich des Spediteurs, theils dem des Commissionairs angehören. Denn er übernimmt den Transport der ihm aufgegebenen Annonce an die bestimmte Zeitungsexpedition, er schließt aber zugleich mit dieser den Vertrag über die Druckausführung, zwar für Rechnung des Committenten, jedoch im eigenen Namen ab. Er berechnet dem Committenten die regelmäßigen, von den Zeitungsredactionen ihren Kunden abgeforderten Insertionskosten, abzüglich des durch besondere Uebereinkunft mit dem Committenten festgesetzten Rabatts. Was er dabei durch vortheilhaftes Abkommen mit der Redaction verdient, ist sein Geschäftsgewinn. Gleichgültig erscheint es, ob er selbst die berechneten Insertionskosten den betreffenden Zeitungen bezahlt hat, oder ob er nur zu deren Zahlung verbunden ist. Nach dieser Seite erscheint er nicht als gewöhnlicher Commissionair, sondern als Speditonsunternehmer, welcher analog dem im Art. 384 des H.G.B. anerkannten Verhältniß einen bestimmten Preis für die übertragene Besorgung berechnet, ohne Rücksicht auf den Betrag seiner wirklichen Aufwendungen. Von diesem Gesichtspunkte aus erledigt sich das Bedenken, welches Beklagte aus der mangelnden Bezugnahme auf die erfolgte Abführung der Insertionskosten hergeleitet haben. Eine pecuniäre Gefahr kann für die Beklagten hieraus sich deshalb nicht ergeben, weil weder anzunehmen ist, Kläger habe als Stellvertreter der Beklagten mit den betreffenden Redactionen contrahirt, noch, wäre dies geschehen, nach der Natur des gegebenen Auftrags eine Ermächtigung dazu anzuerkennen sein würde.“ (17. Nov. 71. M. IV. 26.)

Art. 387 (371).

Nothwendige (nützliche) Auslagen.

205. „Es ist vom Appellationsrichter festgestellt, daß die klägerische Handlung, als Zwischenspediteur des von der Handlung Klein u. Lagenpusch mit Spedition von Seide nach Rußland beauftragten Spediteurs Krantz zu Stallupöhnen, durch Verordnung des Kaiserlich Russischen Departements für Zollgefälle angehalten worden ist, für 74 Ballen Seide einen Nachzoll von 1102 Silberrubeln 7 Kopeken zu entrichten, und am 31. März 1861 gezahlt hat. Ob das Kaiserlich Russische Departement für Zollgefälle mit Recht oder Unrecht den als rohe Seide declarirten Inhalt der 74 Ballen für gesponnene Seide erklärt und um deswillen dem höheren Zollsatze unterworfen hat, macht keinen Unterschied. Der Importeur, hier die Handlung Klein u. Lagenpusch, mußte diesen höheren Zoll entrichten, wollte er sich nicht der Zurückweisung oder gar der Confiscation der Waare aussetzen. Ob gegen die Entscheidung der vorgenannten Behörde ein Recurs statthaft war, berührte den Spediteur oder Zwischenspediteur nicht. Diese hatten, was vorliegend geschehen ist, ihrer Pflicht vollkommen genügt, wenn sie ihre Machtgeber von der Sachlage in Kenntniß setzten und diesen die weiteren Schritte überließen.

Diese Ausgabe war somit seitens des Zwischenspediteurs, bez. des Spediteurs, eine nicht nur nützliche, sondern sogar nothwendige, demgemäß von den Committenten zu erstatten.“ (13. Mai 71. M. II. 75; St. II. 45; C. I. 97.)

Art. 386 3, 4.

Verjährung der Einrede. Betrug.

206. a) Ist der Anspruch gegen den Spediteur bereits vor Einführung des H.G.B.'s entstanden, so muß, um die Einrede zu einer dauernden zu machen, die nach Art. 386 3. erforderliche Anzeige in dem auf die Einführung des H.G.B.'s folgenden Jahre geschehen.

b) Wenn der Spediteur die höheren Spesen für die kürzere Transportfrist in Rechnung bringt, gleichwohl aber die Verladung der Ballen von vorn herein in der längeren Lieferzeit bewirkt, so liegt ein Betrug vor, durch den die Einrede der Verjährung ausgeschlossen wird. (23. Mai 71. M. II. 75; St. II. 45; C. I. 97.)

Art. 386 (408 3).

Verlust des Frachtgutes. Verjährung.

207. „Es kommt Behufs Anwendung dieser Vorschriften nicht darauf an, ob das Gut auf dem Transporte oder an dem Ablieferungsorte verloren gegangen, wenn der Verlust nur vor der Aushändigung eingetreten ist. Zum Begriffe des Verlustes gehört auch nicht unbedingtes Nichtwissen in Betreff des Verbleibes des Frachtgutes. Verloren ist dies alsdann für den Frachtführer, wenn er außer Stande ist, dasselbe auszuhändigen — ohne Unterschied, worin dies seinen Grund hat. Darauf, ob dem Verluste oder dem Entkommen des Gutes ein Versehen der Eisenbahnbeamten zu Grunde liegt, kommt es hierbei nicht an. Haftbar ist die Eisenbahn auch abgesehen von einem solchen Versehen nach Art. 395 des Handelsbesetzbuchs schon aus dem Vertrage. Außerdem bezieht sich Art. 386 auf alle Ansprüche wegen Verlustes, mögen dieselben begründet werden, wie sie wollen. (11. Nov. 71. M. IV. 3; C. I. 176.)

Art. 392 1.

Signirung des Frachtgutes.

208. Art. 392 1 bestimmt zwar, daß der Frachtbrief die Bezeichnung des Gutes nach Beschaffenheit, Menge und Merkzeichen enthalten solle. „Damit ist aber nicht eine für alle Fälle unbedingt zu beobachtende Vorschrift ertheilt, daß das Frachtgut zu signiren sei, sondern zunächst nur bestimmt, daß im Falle der Signirung die Merkzeichen im Frachtbrief zu erwähnen sind. — Es wird deshalb auch dem Absender einer Waare der Vorwurf einer Nachlässigkeit nicht gemacht werden können, wenn nach allgemeinem Gebrauch eine besondere Signatur dem Frachtgut nicht gegeben wird." (Es war behauptet, es sei Usance, losen Zucker nicht zu signiren.) — (21. März 71. St. I. 63; C. I. 77.)

Art. 394.

Zeitweilige Behinderung an der Fortsetzung der Reise.

209. „Art. 394 des H.G.B's. gewährt dem Absender ein Rücktrittsrecht, sofern der Antritt oder die Fortsetzung der Reise durch Naturereignisse

oder sonstige Zufälle zeitweilig verhindert wird. Nur für diesen Fall hat das Gesetz eine Bestimmung getroffen, und die Anträge, alle oder doch auch andere Fälle zufälliger Verhinderung zu regeln, sind wiederholt abgelehnt worden. Unter „zeitweilig verhindert" aber begreift das Gesetz, wie auch im Gange der Berathung mehrfach erklärt worden ist, einerseits nicht ganz geringfügige Zögerung, andrerseits nicht solche Hinderung, welche nach Lage der Sache die concreten Vertragszwecke völlig vereiteln würde und daher dem dauernden Hinderniß gleichzuachten ist. Wie zeitweilige (vorübergehende) und dauernde Unmöglichkeit oder Hinderung verständigerweise überall nicht als absolute, sondern als nur relative Gegensätze aufzufassen sind, und Natur und Zweck des concreten Vertragsverhältnisses darüber entscheiden müssen, ob das, objektiv aufgefaßt, nur zeitweilige Hinderniß als ein dauerndes zu behandeln sei, so soll auch bei dem Frachtvertrag die verständige Würdigung des einzelnen Falles hierüber entscheiden. Diesem Gedanken hat der Gesetzgeber mit den Worten „zeitweilig verhindert" Ausdruck geben wollen und gegeben. Vergl. (gegen den nicht unterscheidenden Preußischen Entwurf Art. 309 Abs. 2 und Motive S. 118): Protokolle S. 789—793. 858. Entwurf I. Lesung Art. 334 Abs. 3. Entwurf II. Lesung Art. 310. Monita 432 und 435 zur dritten Lesung. Protokolle S. 4686—4689. 5093. 5094. — Für die hiernach durch Art. 394 nicht entschiedenen Fälle enthält das D.H.G.B. keine Lösung, somit auch nicht etwa argumento e contrario die Bestimmung, daß in diesen Fällen dem Frachtführer ein Recht auf Rücktritt und theilweise Frachtvergütung nicht zustehe, vielmehr sind dieselben ausschließlich den Grundsätzen des bürgerlichen Rechts unterworfen. Dies wird auch in der Doktrin und Praxis gleichmäßig anerkannt; z. B. von Hahn, Commentar II. S. 426. W. Koch in der Zeitschr. für Handelsrecht VII S. 420. Ober-Tribunal zu Berlin: Striethort's Archiv Bd. 71. S. 96 ff. vgl. Bd. 54 S. 66 ff., und Centralorgan II S. 120. Neue Folge I S. 67—69 II S. 47. — Kämen auf einen Fall, wie den vorliegenden, wo nach Antritt der Reise durch eine Verfügung von hoher Hand der Weitertransport des Gutes verhindert wird und dies Hinderniß nicht voraussichtlich von nur unerheblicher Dauer ist, die Vorschriften des Seerechts zur Anwendung, so stände jedem Theile, wenn auch erst nach Ablauf einer Wartefrist von 3 oder 5 Monaten, der Rücktritt zu, und der Schiffer dürfte für den zurückgelebten Theil der Reise Distanzfracht nach richterlichem Ermessen beanspruchen. H.G.B. Art. 636 Abs. 1—5 vgl. Art. 631—633."

Das D.H.G. deducirt hierauf, daß auch die Vorschriften des Preußischen Rechts betr. die Verträge über Handlungen (C. II. 883—889) — abgesehen von den in dem eigentlichen Verhältnissen der Seeschifffahrt begründeten langen Wartefristen zu dem gleichen Ergebniß führen. Aus der im Uebrigen nicht hierher gehörenden Deduction ist hervorzuheben, daß das D.H.G. die vom Preußischen Obertribunal vertretene Auffassung (Striethorst Bd. 66 S. 246 ff.; Bd. 71 S. 71, 72), wonach die Frachtbeförderung als untheilbare Leistung anzusehen sei, in dieser Allgemeinheit nicht anerkennt. „Als untheilbare Leistung kann die Frachtbeförderung sicherlich da nicht aufgefaßt werden, wo wie in vorliegender Sache verschiedene, je nach der geringeren oder größeren Wegstrecke, welche der Frachtführer zurücklegen soll, bemessene Frachtsätze bedungen sind." (28. Nov. 71 M. IV. 35; C. II. 8.

Art. 395.

Haftung für Verlust des Frachtgutes.

210. Der Fuhrmann D hat 3 Kisten Eilgut, die ihm zur Beförderung an die Güterexpedition der Frankfurt-Hanauer-Bahn übergeben waren, da dieselben wegen Ablaufes der Annahmezeit von der Expedition nicht mehr angenommen wurden, unter ein vor der Güterhalle des Bahnhofes angebrachtes Dach gestellt. In der folgenden Nacht brach in der Güterhalle Feuer aus und die drei Kisten verbrannten. Die Erben des D. werden nunmehr auf Schadensersatz von der Absenderin in Anspruch genommen. Aus den Gründen:

a) Die Klägerin ist activ legimitirt, da sie mit dem Erblasser der Beklagten einen Frachtvertrag abgeschlossen hat. Gleichgültig ist, in welchem Verhältniß die Kläg. in Betreff der den Gegenstand des Transportes bildenden Waaren zu den Käufern derselben steht. (Die Bekl. hatten behauptet, daß der Kläg. die Activlegitimation fehle, weil die Gefahr auf den Käufer übergegangen sei.)

b) Der Erblasser der Beklagten haftet als Frachtführer nach Art. 395 für den Verlust des Gutes seit der Empfangnahme bis zur Ablieferung. In dieser Zeit ist das Gut untergegangen. Er war verpflichtet, dasselbe der Eisenbahn zu übergeben. Dieser vertragsmäßigen Pflicht hat er sich dadurch, daß er die ihm übergebenen Colli auf den Bahnhof brachte, nicht entledigt, vielmehr „die rechtzeitige Uebergabe versäumt, mit dem Transportgegenstande vertragswidrig gehandelt und denselben durch diese Handlungsweise in die Lage, in der er dem Untergange ausgesetzt war, gebracht, woraus folgt, daß er sich auch darauf, daß das Ereigniß, welches den Verlust der Waare unmittelbar herbeigeführt, den Charakter eines Zufalles an sich trägt, zu seiner Exculpation nicht berufen kann."

c) Es bleibt der Einwand zu prüfen, daß „der klägerische Anspruch dadurch cessire, daß die fraglichen Waaren, auch bei rechtzeitiger Ablieferung an dem betreffenden Abend, mit der Eisenbahn nicht mehr weiter befördert worden wären, daß sie daher während der Nacht in dem Güterschuppen der Frankfurt-Hanauer Eisenbahn aufbewahrt worden und, da derselbe (wie nicht bestritten) gleichfalls abgebrannt ist, also dennoch untergegangen sein würden, somit der Klägerin durch den Beklagten ein Schaden überall nicht oder wenigstens nur soweit zugefügt sei, als Kläg. der Feuerversicherungsgelder, welche sie, vermöge der von der Eisenbahn genommenen General-Assekuranz, erhalten haben würde, verlustig geworden sei. Daß dieser Einwand, wie der erste Richter annimmt, durch die Erwägung zu beseitigen sei, daß es bei nachgewiesenem Verschulden des Bekl. der Kläg. nicht zugemuthet werden könne, sich auf alle Eventualitäten einzulassen, welche den Waaren hätten zustoßen können, kann nicht zugegeben werden. Vielmehr ist in Betracht zu ziehen, daß die durch den Art. 395 dem Frachtführer auferlegte Haftbarkeit eine Schadensersatzpflicht darstellt, daß daher auch hier der allgemeine Grundsatz durchgreift, daß ein Schaden objectiv vorhanden sein muß, solches aber nicht der Fall ist, wenn es gewiß ist, daß der Schaden auch ohne Dazwischenkunft der zum Ersatz verpflichtenden Thatsache eingetreten wäre. (l. 27 §. 2 D. de rei vindicatione (6. 1.) l. 10 §. 1 D. de lege Rhodia (14. 2.) Indessen ist im vorliegenden Fall der Einwand thatsächlich nicht begründet, denn es steht fest, daß im October 1867 auf der Frankfurt-Hanauer Bahn noch ein Zug ab-

ging, mit welchem die fraglichen Colli hätten befördert werden können. Unmöglich war also die Weiterbeförderung nicht. Diesen Umstand mußte D. als angestellter Güterführer kennen und berücksichtigen. Das ihm anvertraute Gut war Eilgut. Bei demselben war also das Interesse möglichster Beschleunigung vorhanden. Die Eigenschaft des Gutes war dem Güterführer nicht allein kenntlich gemacht, sondern er war auch vermöge der dafür bezahlten höheren Fracht zu einer vermehrten Diligenz verpflichtet. Mochte nun im Allgemeinen 6 Uhr der reglementsmäßige Termin sein, bis zu welchem er alles an dem Nachmittage übernommene Gut der Eisenbahn übergeben mußte, so war damit nur die äußerste, unter allen Umständen innezuhaltende Grenze bezeichnet, jedoch nicht ausgeschlossen, daß die Umstände ihm im einzelnen Falle eine noch größere Beschleunigung zur Pflicht machen konnten, um für einzelne Gegenstände eine so zeitige Beförderung zu ermöglichen, als solche nothwendig war, und daher auch von den Versendern erwartet werden durfte. Konnte daher im untergebenen Falle das dem Güterführer überlieferte Gut um 7 Uhr, aber auch nur um diese Zeit, abgehen, und mußte, um dies zu Wege zu bringen, die Uebergabe an die Expedition schon um 5 Uhr erfolgen, so konnte der Natur der Sache und der Billigkeit nach dies von dem Güterführer gefordert werden. Jedenfalls ist er nicht in der Lage, zur Beseitigung einer an sich schon durch sein Verschulden erwachsenen Schadensersatzpflicht die Unmöglichkeit einer Weiterbeförderung zu behaupten. (6. Juni 71. M. II. 81 St. II. 50; C. I. 111).

Versehen bei Auslieferung des Gutes.

211. „Jedenfalls liegt in der Uebernahme der Bretter zur Beförderung an R. auf Grund des Frachtbriefes mit Rücksicht auf den in letzterem enthaltenen Vermerk: „Gesammtnachnahme 150 Rubel 22 Kopeken" — auch die Uebernahme des Auftrages, die Bretter an R. nur gegen Zahlung von 150 Rubel 22 Kopecken auszuliefern. Bekl. (die Oberschlesische Eisenbahn) hat dies auch nicht geleugnet, im Gegentheil durch Bezugnahme auf den §. 9 des Vereins-Güter- resp. Betriebsreglements vom 3. September 1865 indirekt zugestanden. Denn wenn danach die Eisenbahn die Nachnahme dem Absender nur baar verabfolgen darf, sobald die Zahlung von Seiten des Adressaten bewirkt ist, so ergiebt sich doch jedenfalls das daraus, daß die Eisenbahn auch verpflichtet ist, die Nachnahme vom Adressaten gegen Aushändigung des Frachtgutes einzuziehen. Dadurch nun, daß die Bekl. jenem Auftrage zuwider die in Fracht erhaltenen Bretter dem R. auslieferte, ohne die 150 Rubel 22 Kopeken einzuziehen, hat sie sich eines vertretbaren Versehens schuldig gemacht." (9. Sept. 71. St. III. 47; C. I. 146.)

Höhere Gewalt.

212. a) „Zwar ist nicht jede Vernichtung durch Feuer als höhere Gewalt, d. h. als ein unter den gegebenen Umständen auch durch die äußerste, diesen Umständen angemessene und vernünftigerweise zu erwartende Sorgfalt weder abzuwehrendes, noch in seinen schädlichen Folgen vermeidliches Ereigniß anzusehn. Indessen reicht, jedenfalls nach den Grundsätzen des Sächsischen Prozeßrechts, zur Substantiirung des fraglichen Einwandes die Behauptung aus, daß ein großer Brand, welcher die Magazine der Südbahn, bez. das

Art. 395.

Haftung für Verlust des Frachtgutes.

210. Der Fuhrmann D hat 3 Kisten Eilgut, die ihm zur Beförderung an die Güterexpedition der Frankfurt-Hanauer-Bahn übergeben waren, da dieselben wegen Ablaufes der Annahmezeit von der Expedition nicht mehr angenommen wurden, unter ein vor der Güterhalle des Bahnhofes angebrachtes Dach gestellt. In der folgenden Nacht brach in der Güterhalle Feuer aus und die drei Kisten verbrannten. Die Erben des D. werden nunmehr auf Schadensersatz von der Absenderin in Anspruch genommen. Aus den Gründen:

a) Die Klägerin ist activ legimitirt, da sie mit dem Erblasser der Beklagten einen Frachtvertrag abgeschlossen hat. Gleichgültig ist, in welchem Verhältniß die Kläg. in Betreff der den Gegenstand des Transportes bildenden Waaren zu den Käufern derselben steht. (Die Bekl. hatten behauptet, daß der Kläg. die Activlegitimation fehle, weil die Gefahr auf den Käufer übergegangen sei.)

b) Der Erblasser der Beklagten haftet als Frachtführer nach Art. 395 für den Verlust des Gutes seit der Empfangnahme bis zur Ablieferung. In dieser Zeit ist das Gut untergegangen. Er war verpflichtet, dasselbe der Eisenbahn zu übergeben. Dieser vertragsmäßigen Pflicht hat er sich dadurch, daß er die ihm übergebenen Colli auf den Bahnhof brachte, nicht entledigt, vielmehr „die rechtzeitige Uebergabe versäumt, mit dem Transportgegenstande vertragswidrig gehandelt und denselben durch diese Handlungsweise in die Lage, in der er dem Untergange ausgesetzt war, gebracht, woraus folgt, daß er sich auch darauf, daß das Ereigniß, welches den Verlust der Waare unmittelbar herbeigeführt, den Charakter eines Zufalles an sich trägt, zu seiner Exculpation nicht berufen kann."

c) Es bleibt der Einwand zu prüfen, daß „der klägerische Anspruch dadurch cessire, daß die fraglichen Waaren, auch bei rechtzeitiger Ablieferung an dem betreffenden Abend, mit der Eisenbahn nicht mehr weiter befördert worden wären, daß sie daher während der Nacht in dem Güterschuppen der Frankfurt-Hanauer Eisenbahn aufbewahrt worden und, da derselbe (wie nicht bestritten) gleichfalls abgebrannt ist, also dennoch untergegangen sein würden, somit der Klägerin durch den Beklagten ein Schaden überall nicht oder wenigstens nur soweit zugefügt sei, als Kläg. der Feuerversicherungsgelder, welche sie, vermöge der von der Eisenbahn genommenen General-Assekuranz, erhalten haben würde, verlustig geworden sei. Daß dieser Einwand, wie der erste Richter annimmt, durch die Erwägung zu beseitigen sei, daß es bei nachgewiesenem Verschulden des Bekl. der Kläg. nicht zugemuthet werden könne, sich auf alle Eventualitäten einzulassen, welche den Waaren hätten zustoßen können, kann nicht zugegeben werden. Vielmehr ist in Betracht zu ziehen, daß die durch den Art. 395 dem Frachtführer auferlegte Haftbarkeit eine Schadensersatzpflicht darstellt, daß daher auch hier der allgemeine Grundsatz durchgreift, daß ein Schaden objectiv vorhanden sein muß, solches aber nicht der Fall ist, wenn es gewiß ist, daß der Schaden auch ohne Dazwischenkunft der zum Ersatz verpflichtenden Thatsache eingetreten wäre. (l. 27 §. 2 D. de rei vindicatione (6. 1.) l. 10 §. 1 D. de lege Rhodia (14. 2.) Indessen ist im vorliegenden Fall der Einwand thatsächlich nicht begründet, denn es steht fest, daß im October 1867 auf der Frankfurt-Hanauer Bahn noch ein Zug ab-

ging, mit welchem die fraglichen Colli hätten befördert werden können. Unmöglich war also die Weiterbeförderung nicht. Diesen Umstand mußte D. als angestellter Güterführer kennen und berücksichtigen. Das ihm anvertraute Gut war Eilgut. Bei demselben war also das Interesse möglichster Beschleunigung vorhanden. Die Eigenschaft des Gutes war dem Güterführer nicht allein kenntlich gemacht, sondern er war auch vermöge der dafür bezahlten höheren Fracht zu einer vermehrten Diligenz verpflichtet. Mochte nun im Allgemeinen 6 Uhr der reglementsmäßige Termin sein, bis zu welchem er alles an dem Nachmittage übernommene Gut der Eisenbahn übergeben mußte, so war damit nur die äußerste, unter allen Umständen innezuhaltende Grenze bezeichnet, jedoch nicht ausgeschlossen, daß die Umstände ihm im einzelnen Falle eine noch größere Beschleunigung zur Pflicht machen konnten, um für einzelne Gegenstände eine so zeitige Beförderung zu ermöglichen, als solche nothwendig war, und daher auch von den Versendern erwartet werden durfte. Konnte daher im untergebenen Falle das dem Güterführer überlieferte Gut um 7 Uhr, aber auch nur um diese Zeit, abgehen, und mußte, um dies zu Wege zu bringen, die Uebergabe an die Expedition schon um 5 Uhr erfolgen, so konnte der Natur der Sache und der Billigkeit nach dies von dem Güterführer gefordert werden. Jedenfalls ist er nicht in der Lage, zur Beseitigung einer an sich schon durch sein Verschulden erwachsenen Schadensersatzpflicht die Unmöglichkeit einer Weiterbeförderung zu behaupten. (6. Juni 71. M. II. 81 St. II. 50; C. I. 111).

Versehen bei Auslieferung des Gutes.

211. „Jedenfalls liegt in der Uebernahme der Bretter zur Beförderung an R. auf Grund des Frachtbriefes mit Rücksicht auf den in letzterem enthaltenen Vermerk: „Gesammtnachnahme 150 Rubel 22 Kopeken" — auch die Uebernahme des Auftrages, die Bretter an R. nur gegen Zahlung von 150 Rubel 22 Kopecken auszuliefern. Bekl. (die Oberschlesische Eisenbahn) hat dies auch nicht geleugnet, im Gegentheil durch Bezugnahme auf den §. 9 des Vereins-Güter- resp. Betriebsreglements vom 3. September 1865 indirekt zugestanden. Denn wenn danach die Eisenbahn die Nachnahme dem Absender nur baar verabfolgen darf, sobald die Zahlung von Seiten des Adressaten bewirkt ist, so ergiebt sich doch jedenfalls das daraus, daß die Eisenbahn auch verpflichtet ist, die Nachnahme vom Adressaten gegen Aushändigung des Frachtgutes einzuziehen. Dadurch nun, daß die Bekl. jenem Auftrage zuwider die in Fracht erhaltenen Bretter dem R. auslieferte, ohne die 150 Rubel 22 Kopeken einzuziehen, hat sie sich eines vertretbaren Versehens schuldig gemacht." (9. Sept. 71. St. III. 47; C. I. 146.)

Höhere Gewalt.

212. a) „Zwar ist nicht jede Vernichtung durch Feuer als höhere Gewalt, d. h. als ein unter den gegebenen Umständen auch durch die äußerste, diesen Umständen angemessene und vernünftigerweise zu erwartende Sorgfalt weder abzuwehrendes, noch in seinen schädlichen Folgen vermeidliches Ereigniß anzusehn. Indessen reicht, jedenfalls nach den Grundsätzen des Sächsischen Prozeßrechts, zur Substantiirung des fraglichen Einwandes die Behauptung aus, daß ein großer Brand, welcher die Magazine der Südbahn, bez. das

Zollmagazin zerstört hat, die Ursache des Verlustes der 15 Ballen gewesen sei, und genügt es, wenn im Bescheinigungsverfahren diejenigen Umstände, unter welchen der Brand überhaupt und insbesondere desjenigen Theils der Südbahngebäulichkeiten, in welchem sich die 15 Ballen befunden haben sollen, stattgehabt hat, näher dargelegt werden. Zur Gegenbescheinigung der Kläger wird gehören, die Schuld der Südbahn an dem Verbrennen der 15 Ballen, soweit dafür die von Beklagtem darzulegenden Umstände des Brandes keinen Anhalt gewähren, darzulegen."

b) Zur Substantiirung des Einwandes der höheren Gewalt genügt in diesem Fall der Nachweis des Verbrennens oder der Nichtrettung der Güter aus dem Brande. Der Beweis braucht also nicht gerade, wie der Appellationsrichter gefordert hatte, direct und ausschließlich auf das Verbrennen gerichtet zu werden. „Ob die 15 Ballen durch das Feuer vernichtet oder bei Gelegenheit dieses Brandes anderweitig zu Grunde gegangen oder auch nur abhanden gekommen sind, ist irrelevant, sofern nur die Umstände im ersten Falle eine Rettung vor Vernichtung durch Feuer, im zweiten Falle eine Rettung vor anderweitigem Verluste ausgeschlossen haben. Sind aber die 15 Ballen nicht unter den aus dem Brande geretteten Gütern gewesen, so ist bis zum Erweise des Gegentheils verständigerweise anzunehmen, daß dieselben durch den Brand oder bei Gelegenheit desselben verloren gegangen sind. Es wäre ungerecht und unbillig und widerspräche aller Erfahrung, wollte man in Fällen dieser Art dem Frachtführer den stricten Beweis gerade des Verbrennens anmuthen." (4. Mai 71. M. II. 58; St. II. 33; C. I. 101.)

Art. 402 (405).

Contreordre des Absenders.

213. Der Bekl. (Destinatair) hat nicht behauptet, daß ihm vom Frachtführer der Frachtbrief ausgehändigt worden sei. Der Kläg. hat demnach, wenn er in Betreff der noch am Ablieferungsort sich lagernden Waare Contreordre ertheilte, nur von dem ihm im Art. 402 ausdrücklich zugebilligten Rechte Gebrauch gemacht. Die in Art. 405 dem Destinatair eingeräumten Rechte treten hiergegen zurück. (3. Nov. 71. M. III. 89; St. IV. 32.)

Art. 403 (423).

Aushändigung.

214. „Unter Aushändigung kann zwar die bloße Bereitstellung des Gutes zur Abnahme seitens des Frachtführers nicht verstanden werden, andererseits aber auch nicht etwa die sogenannte reelle Tradition oder Naturalübergabe im engsten Sinne, das Hingeben von Hand zu Hand. Vielmehr wird damit, gleichwie mit den Ausdrücken: „Ablieferung, Auslieferung, Lieferung, Ausantwortung", derjenige Akt bezeichnet, durch welchen der Frachtführer die zum Zwecke des Transports durch Auflieferung (Uebergabe, Aufgabe, Lieferung, Einlieferung) erhaltene Gewahrsam nach beendigtem Transporte mit ausdrücklicher oder stillschweigender Einwilligung des Empfängers wieder aufgiebt, gleichviel an wen, und ohne Unterschied, ob dadurch der Empfänger die Gewahrsam oder gar den juristischen Besitz erlangt. Das Gut kann somit ausgehändigt oder ausgeliefert sein, ohne tradirt

zu sein, zumal der Frachtführer, welcher nicht juristischer Besitzer ist, zu einem „Tradiren" im Rechtssinne an sich weder verpflichtet noch berechtigt ist, vielmehr nur zu dem rein thatsächlichen Verabfolgen (restituere)."

Hiernach ist a) der Nachweis für genügend zu erachten, daß die zur Auslieferung verpflichtete österreichische Südbahn die genannte Waare an das Zollamt des Ablieferungsortes (Triest) ausgeantwortet habe. Denn §. 19 des auch für die Südbahn maßgebenden „Reglements für den Vereins-Güterverkehr auf den Bahnen des Vereins deutscher Eisenbahnverwaltungen" vom 1. März 1865 bestimmt: „Der Ablieferung an den Adressaten steht die Ablieferung an Packhöfe, Lagerhäuser, Revisionsschuppen u. dgl. gleich." — „Die Behauptung der Kläger, daß diese Bestimmung gegen Art. 395, 403 des D.H.G.B's. verstoße, demgemäß nach Art. 423 eod. für unwirksam erachtet werden müsse, ist nicht begründet. Denn die Absicht der Verfasser des Deutschen Handelsgesetzbuchs, indem sie, behufs höherer Sicherung des Verkehrs, die Vertragsfreiheit der Eisenbahnen erheblich beschränkt haben, ist keineswegs dahin gegangen, an sich zweckmäßige Einrichtungen, welche im öffentlichen Interesse oder im Interesse der Betheiligten selber geboten erscheinen, auszuschließen. Müssen nun selbstverständlich nach den maßgebenden Zollgesetzen alle aus dem Zollauslande kommenden Güter mindestens nach beendigtem Transporte bei der Endzollstätte verzollt werden und die zum bloßen Transit bestimmten auch zollfreien Güter bis zur Wiederausfuhr in dem betreffenden Zollmagazin oder einer entsprechenden Niederlage verbleiben, so kann es verständigerweise dem Frachtführer nicht zugemuthet werden, ungeachtet er nach dem Zollgesetz nicht direct an den Empfänger hat ausliefern können, vielmehr genöthigt war, die Güter an das Zollmagazin abzugeben, die weitere Verantwortlichkeit zu tragen. Wenngleich daher während der Dauer des Transports die Verantwortlichkeit des Frachtführers nicht ohne Weiteres und absolut dadurch ausgeschlossen wird, daß er die Güter zeitweise an die Zoll- oder Steuerbehörde abgeliefert hat (Protokolle S. 4730 ff.), so erscheint es doch völlig sachentsprechend, die Auslieferungspflicht des Frachtführers nach Ankunft desselben am Ablieferungsorte dahin zu präcisiren, daß die Zollstätte als der Ablieferungsort oder die Abladestelle zu erachten sei, und mit der Ablieferung an diese die weitere Verantwortlichkeit des Frachtführers mindestens dann erlösche, wenn der Frachtführer den Empfänger durch Anzeige von der Ankunft des Gutes und durch Zustellung der erforderlichen Papiere in den Stand gesetzt hat, sowohl über das Gut zu verfügen, sowie selber die weitere Sorge für dasselbe zu übernehmen." Die Bestimmung des §. 19 ist übrigens wörtlich in das Betriebsreglement für die Eisenbahnen im Norddeutschen Bunde vom 10. Juni 1870 aufgenommen (Art. 45) und im Einklang hiermit steht auch die Vorschrift §. 14 Abs. 8 eod.

b) Wenn der Oesterreichische Lloyd (der Adressat) in dem Zollmagazin zu Triest einen besonderen, wenngleich nicht ihm ausschließlich reservirten Raum besaß, so genügt, um die Aushändigung darzuthun, auch der Nachweis, daß die Waaren in diesen Raum gebracht worden, ohne daß es darauf ankäme, ob die Ballen auch wirklich durch Beamte oder Angestellte des Lloyd entgegengenommen sind. (L. 18 §. 2 de poss. 41. 2., L. 9 §. 3 de j. d. 23. 3., L. 1 §. 21, L. 51 de poss., L. 79 de sol. 46. 3.)

c) Ein vom Oesterr. Lloyd bestätigtes Aviso und Abgaberecepisse, in

des Prozesses vor ihm selber oder doch auf Beschluß des Prozeßgerichts stattgefunden hat, daß ferner gegen einen ausnahmsweise außerhalb des regelmäßigen Verfahrens zum ewigen Gedächtniß erhobenen Beweis dem Gegner Beweiseinreden und Gegenbeweise unverkürzt sind, macht H.G.B. Art. 407, übereinstimmend mit Art. 384, 365, 609, 610, nur insofern eine Ausnahme, als er in Beseitigung der Verschiedenheit der Landesgesetze und der mehr oder weniger strengen Voraussetzungen, an welche die Statthaftigkeit und Wirksamkeit einer Beweiserhebung zum ewigen Gedächtniß geknüpft zu sein pflegt, unter gewissen Voraussetzungen, die Constatirung des Zustandes einer Waare außerhalb Prozesses mit der Wirkung gestattet, daß der Betheiligte sich des dadurch beschafften Beweismaterials schlechthin im künftigen Prozesse bedienen darf, ungeachtet die Besichtigung und bez. Schätzung auf einseitigen Antrag, ja wohl gar ohne jede Benachrichtigung des Gegners erfolgt ist. Dagegen hat, wie, übereinstimmend mit dem Wortlaut, die Vorarbeiten des Gesetzes ergeben (Goldschmidt. Handbuch des Handelsrechts I. 2 §. 62. not. 56), weder die Beweiskraft solcher Befundzeugnisse und Gutachten fixirt, noch gar die Beibringung von Gegenbeweismitteln ausgeschlossen werden sollen." (30 Dez. 70. M. I. 53.)

Streit über die Annahme des Gutes.

219. Der Frachtführer braucht die Waare nicht ohne Zahlung der darauf ruhenden Fracht u. s. w. zu verabfolgen. Entsteht Streit darüber, ob die vorherige Befriedigung des Frachtführers zu erfolgen habe, so ist dies ein Streit „über die Annahme des Gutes" im Sinne des Art. 407. Es kann demnach in Gemäßheit desselben mit dem Verkauf des Frachtgutes verfahren werden. (28. April 71. M. II. 55.)

Art. 408.

Frachtgut. Vorbehaltlose Annahme.

220. „Ferner muß durch zwei übereinstimmende Urtheile als festgestellt erachtet werden, daß der Beklagten der Beweis obliege, daß Kläger oder deren Beauftragte das Frachtgut vorbehaltslos angenommen haben. Indessen wird es Sache des nach erhobenem Beweise erkennenden Richters sein, zu prüfen, ob überall ein zum Ausschluß der durch Art. 408 des H.G.B's. an die Annahme des Frachtguts und Zahlung der Fracht geknüpften Rechtsfolgen genügender Vorbehalt anzunehmen sei. Denn das Gesetz knüpft an diese Thatsachen keineswegs eine bloße Präsumtion des Verzichts der aus dem Frachtvertrag entspringenden Rechte, somit eine auch durch nur einseitigen Vorbehalt zu beseitigende Vermuthung. Vielmehr erlischt — von dem hier nicht vorliegenden Falle abgesehen, daß bei der Ablieferung die Beschädigung nicht äußerlich erkennbar war — sofern diese doppelte Thatsache vorliegt, nach dem klaren Wortlaut und der erkennbaren Intention des Gesetzgebers (vergl. Protokolle der Nürnberger Conferenzen S. 83) jeder Anspruch gegen den Frachtführer, welcher nicht durch eine vorgängige Uebereinkunft mit demselben gewahrt ist. Ein nur einseitiger Vorbehalt erscheint zur Wahrung der Vertragsrechte unzureichend." (30. Dez. 70. M. I. 53; St. II. 6.)

Art. 424 1.

Transport in unbedeckten Wagen.

221. Art. 424 1 setzt eine Vereinbarung zwischen dem Absender und der Bahnverwaltung voraus. Die ausdrückliche Vereinbarung kann durch die Bestimmungen des dem Transport zu Grunde liegenden Bahnreglements ersetzt werden (Art. 423). Hierbei ist, wenn der Transport für mehrere Bahnen übernommen ist, nicht allein das Reglement der Aufgabestation maßgebend. „Vielmehr verpflichtet sich, falls ein Transport über mehrere Bahnen übernommen wird, die Verwaltung der Aufgabestation zwar lediglich nach Maßgabe ihres eigenen (Special- oder Verband-) Reglements, bez. des subsidiären Vereinsreglements für diejenige Strecke, auf welche sich ihr eigenes Reglement bezieht, hingegen nach Maßgabe der möglicherweise anwendbaren (außerhalb des Verbandverkehrs) fremden Reglements für diejenigen Strecken, welche über ihre eigene Bahn hinausliegen, gleich als hätte sie in Vertretung der Verwaltungen der übrigen betheiligten Bahnen den Transport übernommen.

„Im vorliegenden Fall war der Transport in unverdeckten Wagen mit der Bahnverwaltung des Aufgabeortes nicht vereinbart, auch nach deren Reglements nicht zulässig, wohl dagegen nach den für den Transport auf der Eisenbahn des Ablieferungsortes geltenden Reglements, und zwar mit der Wirkung, daß die mit der gedachten Transportart verbundene Gefahr vom Absender resp. vom Empfänger zu tragen sei. Diese Reglementsbestimmung ist nun allerdings für den Transport auf der letzten Bahnstrecke zu Grunde zu legen. „Allein dies reicht nicht aus, die Bekl. von ihrer Verpflichtung zur unversehrten Ablieferung des Gutes bez. zum Schadensersatz gemäß H.G.B. Art. 395, 396 zu befreien. Den nach H.G.B. Art. 401 hat Verklagte, welche das Gut mit dem ursprünglichen Frachtbrief übernommen hat, in Bezug auf den von dem früheren Frachtführer ausgeführten Transport für dessen Verbindlichkeiten einzustehen. Nun ist festgestellt, daß der Absender der Hirse in Ung. Hradisch seine Genehmigung zum Transport auf unbedeckten Wagen nicht ertheilt hat; wäre somit auch der Transport der Hirse auf offenen Wagen von Oderberg bis Breslau in Gemäßheit des für diese Strecke geltenden Reglements als vereinbart zu erachten, so war er doch für die Strecke Ung. Hradisch bis Oderberg nicht vereinbart. Beklagte hätte somit entweder erweisen müssen, daß die Durchnässung der Hirse nicht schon auf der Transportstrecke Hradisch bis Oderberg, sondern erst auf der folgenden geschehen sei; oder aber, daß die Durchnässung der Hirse auf der Strecke Hradisch bis Oderberg nicht ihren Grund in dem Transport auf offenen Wagen gehabt habe, da für diese Strecke ihr die gesetzliche Modification der Beweislast, H.G.B. Art. 434 A. 2, nicht zu Gute kommt." (13. Juni 71. M. III. 11; St. II. 56; C. I. 102.)

Art. 427 2 (400. 423).

Haftung der Eisenbahn bei frevelhafter Handlungsweise ihrer Beamten.

222. Ein Zusammenstoß zweier Eisenbahnen ist dadurch herbeigeführt worden, daß die betreffenden Bahnbeamten des einen Zuges es unterlassen haben, auf

der Station K. die ihnen obliegende, durchaus nothwendige Controle über die richtige Kreuzung zu üben. Dies Verhalten der beiden Bahnbeamten, für welche der beklagte Fiskus nach Art. 400, 423, 427 2 unbedingt einzustehen hat, erscheint nicht nur als dienstwidrig und kopflos, sondern geradezu als frevelhaft. — — „Beide Beamte kannten die Gefahr, welche sich an die Nichtinnehaltung der vorgeschriebenen Kreuzung knüpfte. Haben sie, gleichviel ob aus Bequemlichkeit, Kopflosigkeit oder aus gewissenloser Gleichgültigkeit, es unterlassen, dieselbe abzuwenden, hat vielmehr Beyer dieselbe geradezu herbeigeführt, so kann es nicht darauf ankommen, ob sie, was dahingestellt bleiben darf, sich in dem entscheidenden Zeitpunkt der voraussichtlichen oder auch nur möglichen Folgen ihres Verhaltens klar bewußt waren, da die größere oder geringere Klarheit des Bewußtseins für den Begriff einer frevelhaften Handlung nicht in Betracht kommt." — Fiskus ist deswegen auch über den reglementsmäßigen Satz von 20 Thlr. pro Centner nach dem Klageantrag zum Ersatz des gemeinen Handelswerthes der beschädigten Güter am Abgangsorte (? Art. 96) incl. der darauf haftenden Spesen verurtheilt worden. (12. Sept. 71. M. III. 22; St. III. 50; C. I. 106.)

223. Klägerin verlangt Werthersatz für ein der Berlin-Hamburger Eisenbahn aufgegebenes Collo. Dasselbe ist bei der Auslieferung in Hamburg durch Verwechselung mit einem zufälligerweise in gleicher Weise gemarkten Collo abhanden gekommen. Die Frachtführerin will den reglementsmäßigen Ersatz von 20 Thlr. pro Centner leisten, während Klägerin sich diese Beschränkung mit Rücksicht auf Art. 427 a. E. nicht gefallen lassen will, da die Verwechselung auf einer dem dolus gleichstehenden groben Fahrlässigkeit beruhe. — Zurückgewiesen. „Betreffs der Verwechselung selbst hat die Klägerin darin Recht, daß sie von den Leuten der Berlin-Hamburger Bahn verschuldet ist. Denn gehörige Sorgfalt (nicht die eines Kaufmanns — Art. 282 —, sondern die eines ordentlichen Frachtführers — Art. 397 —) hätte sie vermieden. Aber nicht Verschuldung überhaupt, sondern nur dolus und stärkste Negligenz verbieten der Eisenbahn die Berufung auf die reglementsmäßige Beschränkung der Ersatzpflicht. Nur wenn die Handlungsweise ihrer Beamten und ihrer Leute „böslich" ist, geht sie jener Beschränkung verlustig. Unter „böslicher Handlungsweise" hat man bei der Berathung des H.G.B's. zunächst den dolus im eminenten Sinne, außerdem auch den „höchsten Grad der Nachlässigkeit", namentlich aber auch die luxuria, jenen frevelhaften Muthwillen, verstanden, der zwar die Beschädigung nicht beabsichtigt, sich aber bei seinem Handeln der damit verbundenen Gefahr bewußt ist und dennoch das Handeln nicht ändert. (Vergl. Lutz, Prot. (IX. Theil) S. 4780, 4781, 5112—5115, 5122. Wenn nun auch die Ablieferung des Frachtguts an den richtigen Destinatär zu den Hauptobliegenheiten des Frachtführers gehört, so folgt doch daraus nicht, daß Verwechselungen bei der Ablieferung nicht ohne gröbste Nachlässigkeit begangen werden könnten. Gleichheit der äußeren im Frachtbrief angegebenen Beschaffenheit (2 Ballen oder 2 Kisten oder 2 Fässer ꝛc.) macht bei Gleichheit der Marken und ungefährer Uebereinstimmung des Gewichts namentlich für Eisenbahnen und in Betracht ihrer von der Klägerin selbst „ungeheuer" genannten Massen von Frachtgut eine Verwechselung nicht zu einer Handlungsweise, welche ohne Weiteres mit dem

Prädikat „böslich" in dem eben hervorgehobenen Sinne bezeichnet werden dürfte. Es kommt vielmehr auf die näheren Umstände des Falles an. Insbesondere wird dann der höchste Grad von Nachlässigkeit anzunehmen sein, wenn der ausfolgende Beamte der Bahn die Existenz gleichmarkiger Collis für verschiedene Destinatäre bei der Auslieferung gekannt, dennoch aber der hierdurch gebotenen Achtsamkeit zuwider die Auslieferung ohne nähere Prüfung bewirkt hat. Denn in diesem Falle muß er sich bewußt gewesen sein, daß Auslieferung ohne genauere Untersuchung Beschädigung herbeiführen könne. Die dennoch unterlassene Prüfung constatirt einen frevelhaften Leichtsinn, welcher der bösen Absicht gleichgestellt werden muß." Dahin sei aber die Klage nicht substantiirt. (15. Dez. 70. M. I. 46; St. II. 3; C. I. 18.)

Bibliographie.

Ihering, R. v. Der Kampf um's Recht. Wien. J. G. Manz. 1872. VI. und 100 S. 8.

Gerber, C. F. v. Gesammelte juristische Abhandlungen. 2 Hefte. Jena 1872, Mauke's Verlag (J. Dufft). 8. 490.

Corpus juris civilis. Editio stereotypa. Fasciculus V. Digestorum. Lib. XXXV—L. Recognovit Th. Mommsen Berol. ap. Weidm. MDCCCLXXII

Karlowa, O., ord. Prof. Der römische Civilproceß zur Zeit der Legisactionen. Berlin, Weidmann'sche Buchhandlung, 1872. 8. VII und 396 S.

Zoepfl, H. Deutsche Rechtsgeschichte. 4. vermehrte und verbesserte Auflage. 2. Band. Geschichte der Rechtsinstitute. I. Oeffentliches Recht. 3. Band. Geschichte der Rechtsinstitute (Fortsetzung und Schluß). II. Privatrecht. III. Civilprozeß. IV. Criminalrecht und Criminalproceß. Braunschweig. F. Wreden. 1872. 8. 450 und 537 S.

Zorn, Ph. Das Beweisverfahren nach langobardischem Recht. Inaugural-Dissertation. München. Ch. Kaiser. 8. 78 S.

Dahn, Dr. F, Prof. Westgothische Studien. Zur Geschichte der Gesetzgebung bei den Westgothen. Festschr. zum vierhundertjährigen Jubiläum der Münchener Universität. Würzburg. 1872. 52. S. 4.

Frensdorff, F., Prof. Das Lübische Recht nach seinen ältesten Formen. Leipzig. Hirzel. VI. und 83 S. 8.

Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts. Herausgegeben von Ihering und Unger in Verbindung mit Bähr und Wunderlich. 12. Bd. 2. Heft. Inhalt: Stobbe. Die Auflassung des deutschen Rechts (auch in einem Separatabdruck erschienen). — Unger. Eigenthum an der Gesammtsache.

Fenner und Mecke, Rechtsanwälte beim K. Obertribunal. Civilrechtliche Entscheidungen der obersten Gerichtshöfe Preußens für die gemeinrechtl. Bezirke des preußischen Staates. Berlin. Weidmannsche Buchhdlg. 1872. 3. Jahrg. Heft 2—4.

Schönemann, O. Die Paulianische Klage wegen Veräußerungen zahlungsunfähiger Schuldner zum Nachtheile der Gläubiger. Gera. 1872. Verlag von Griesbach. 8. 68 S.

Dedekind, Dr A., Assessor. Die Anerkennung ungiltiger letztwilliger Anordnungen. Eine civilistische Abhandlung. Braunschweig. F. Wreden. 1872. 8. VI. und 124 S.

Schneider, Dr. F., Oberbergrath, Professor u. s. w. Lehrbuch des Bergrechts. Der dritten Auflage zweite, mit einem Anhange über die Einrichtung und den Wirkungskreis der Bergbehörden nach den neuesten in den im Reichsrathe vertretenen Königreichen und Ländern erlassenen Gesetzen und Verordnungen versehene Ausgabe. Prag. J. G. Calve'sche k. k. Univ.-Buchhdlg. 1872. 8. XV. und 400 S. mit Reg. und Anhang 18 S.

Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht. Herausgegeben von Goldschmidt, Laband und Malß. XVII. Bd. (Neue Folge 2. Bd.) Heft 3 und 4. Erlangen. Ferd. Enke. Inhalt: Bekker. Beiträge zum Actienrecht. — Laband. Die Handelsusancen. Rechtsquellen. Rechtssprüche. Literatur.

Busch. Archiv für Theorie und Praxis des allg. deutschen Handelsrechts. XXV. Bd. Heft 1—4. Leipzig. Arnoldi'sche Buchhdlg. 1852. Inhalt: Küffner. Ueber die Competenzfeststellung für Handelssachen in Bayern. — Willnow. Gesetzliche Zinsen sind bei allen Fungibilien zulässig. Uebersicht der Gesammtliteratur des Handelsrechts und der verwandten Materien. 1869—72. Handelsrechtliche Entscheidungen. Literatur Umschau.

Hartmann. Centralorgan für das Handels- und Wechselrecht. N. F. VIII. Band. 3. Heft. Inhalt: Braun. Die Notification des Protestes Mangels Zahlung. — Gareis. Das Warrantindossement. — Meier. Die Verbindlichkeiten des Commissionairs bei der Einkaufscommission. — Derselbe. Ueber den Gebrauch der Handelsfirmen. — Burbach. Ueber den Gewerbetrieb und die Stellung der Dispacheure. — Krämel. Beweislast beim Kauf auf Probe. Rechtsfälle. Literarische Anzeige.

Entscheidungen des Reichs-Oberhandelsgerichts. Herausgegeben von den Räthen des Gerichtshofes. V. Band. Heft 3 u. 4, Heft 5. Erlangen. F. Enke. 1872. 8.

Stegemann. Rechtsprechung des deutschen Oberhandelsgerichts. Erschienen Berlin, Verlag von J. Guttentag, 1872, bis Band 5, Heft 1.

Sammlung von Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern in Gegenständen des Handels- und Wechselrechts, sowie von wichtigen Entscheidungen der k. bayer. Handelsapellationsgerichte. Unter Aufsicht und Leitung des k. Justizministeriums herausgegeben. 1. Band. 2. Heft. Erlangen. Palm u. Enke. 1872. 8.

Keyßner, H., Stadtger.-R. Allgem. deutsches Handelsgesetzbuch. Buch 1 bis 4 nebst ergänzenden Gesetzen. Unter Berücksichtigung der Entscheidungen des R.O.H.G., mit erläuternden Anmerkungen und vollständigem Sachregister. Berlin, 1872. C. Heymann. 12. VI. und 199 S.

Sicherer, Dr. H. v., ord. Prof. der Rechte. Die Genossenschaftsgesetzgebung in Deutschland. Kommentar zu dem Reichsgesetze über die privatrechtliche Stellung der Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften unter Berücksichtigung des bayerischen Genossenschaftsgesetzes. Erlangen, 1872. Verlag von Palm u. Enke (A. Enke). 8. IV. und 333 S.

Stein, Dr. L. v. Zur Eisenbahnrechtsbildung. Wien, 1872. Lehmann und Wentzel. 121 S. 8.

Renaud, Dr. A. Lehrbuch des gemeinen deutschen Civilproceßrechts mit Rücksicht auf die neuern Civilproceßgesetzgebungen. Der ordentliche Proceß. 2. vermehrte und verbesserte Auflage. Leipzig u. Heidelberg. C. F. Winter'sche Verlagshandlung. 1872. 8. XX. und 780 S.

Die wesentlichsten Aenderungen des revidirten Reichsproceßentwurfs Vielfach ergänzter Abdruck aus der „Juristischen Wochenschrift". Berlin. Weidmann'sche Buchhandlung 1872. 8. 66 S.

Norsa, Ces. Sull' esercizio della professione d'avvocato e di procuratore. Relazione della commissione istituta dall' associazione degli avvocati di Milano. Milano, 1872. 66 S. 8.

Norsa, Ces. Proposte di riforma al codice di procedura civile. Relazione della medesima commissione. Milano, 1872. 64 S. 8.

Berner, Dr. A. Fr., ord. Prof. der Rechte. Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Sechste umgestaltete Auflage. Verlag von Bernh. Tauchnitz. Leipzig. 1872. 8. XVIII. und 581 S.

Lüders, Prof.. Grundriß zu Vorlesungen über deutsches Strafrecht. Mit einer dem System sich anschließenden Wiedergabe des D.Str.G.B.'s. Leipzig. Gerig'sche Buchhandlung. 64 S. 8.

Schwarze, Dr. F. O., Generalstaatsanwalt. Allg. Gerichtszeitung für das Königreich Sachsen u. s. w. XVI. Jahrg. Leipzig. Fues. 5. bis 9. Heft. Inhalt: Richter. Mord oder Todtschlag. — Lamm. Fragestellung vor dem Geschwornengericht. — Hartmann. Der Verweis im Reichsstafgesetzbuch. — Lausitzer Schwurgerichtsfälle — Lamm. Die Rechtsbelehrung nach §. 69 des Ges. vom 1. Oct. 1869. — Entscheidung des Oberappellationsgerichts zu Dresden wider Liebknecht und Bebel. — Mittheilung von Rechtsfällen. — Entscheidungen.

Rönne, Dr. L. v. Das Staatsrecht der preußischen Monarchie. Leipzig. F. A. Brockhaus. 1866—72. 2 Bände. Gr. 8. 836 und 923 S.

Schulze, Dr. H., Mitgl. des Herrenhauses und Kronsynd., ord. Prof. d. Rechts. Das preußische Staatsrecht auf Grundlage des deutschen Staatsrechts. 2. Band. 1. Abth. IV. Kap. von den öffentlich-rechtlichen Körperschaften, besonders von den Gemeinden. V. Kap. von der Volksvertretung. Leipzig. Breitkopf und Härtel. 1872. VI. und 200 S.

Arnoldt, Fr., Reg.-Rath. Die Freizügigkeit und der Unterstützungswohnsitz. Eine vom wissenschaftlichen und praktischen Standpunkte unternommene Bearbeitung des Reichsgesetzes über die Freizügigkeit vom 1. November 1867, des Reichsgesetzes über den Unterstützungswohnsitz vom 6. Juni 1870 und der innerhalb des Geltungsgebietes des letzteren ergangenen Landesgesetze, insbesondere des preußischen Ausführungsgesetzes vom 8. März 1871, nebst sämmtlichen unmittelbaren und mittelbaren Materialien und Ausführungsbestimmungen. Berlin, Verlag der K. G. Ober-Hofbuchdruckerei (Decker), 1872. 8. XXXIV und 960 S.

Körner, Th., Geh. Reg.-R. Der Beruf des Staates und der Gemeinde in der socialen Frage. Ein Beitrag zur Lösung derselben im deutschen Rechtsstaate, unter Anschluß an bestehende Verhältnisse. Berlin. J. Guttentag (D. Collin) 1872. 8. 67 S.

Pernice, Dr. H. Die Verfassungsrechte der im Reichsrathe vertretenen Königreiche und Länder der österr.-ungar. Monarchie. Rechtshistorische Beiträge. 1. H. Halle, Verlag der Buchhdlg. der Waisenh. Wien bei Gerold. 1872. 8. VIII u. 184.

Rönne, L. v. Abwehr gegen die Angriffe des Hrn. Prof. Thudichum. Leipzig. F. A. Brockhaus. 1872. 8. 37 S. (Gegen eine mir nicht zugegangene Flugschrift des Prof. Thudichum gerichtet.

Dedekind, Dr., Assessor. Das protestantische Ehescheidungsrecht und Verwandtes. Zusammenstellung neuerer Entscheidungen der braunschweig. Obergerichte. Braunschweig. F. Wreden. 1872. 8. XII. u. 348 S.

Gruchot. Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts u. s. w. N. F. Erster Jahrg. Des ganzen XVI. Jahrg. 2. bis 4. Heft. Berlin. Franz Vahlen. 1872. Inhalt: Wienstein. Unterliegen Veräußerungen an Fremde unter der Bedingung der Verheirathung mit einem nahen Verwandten der Anfechtung nach §. 5. Nr. 3 d des Gesetzes vom 9. Mai 1855? — Harries. Der deutsche Juristentag und die rev. Proceßordnung. — Fürst. Ueber Antheilssubhastationen. v. Schuckman. Macht des Gläubigers eines zahlungsunfähigen Schuldners, fraudulöse Hypothekenbestellungen des letzteren anzufechten. — Hoffmann. Verpfändung eines Theils einer Hypothekenforderung. — v. Brünneck. Das Wesen des Rechts der Jagd und der Fischerei nach deutschem und preußischem Recht. — Scheele. Rechtsfragen aus der Praxis des gemeinen Rechts. — Möller. Ist der §. 198 II. 1. A. L.R. durch das Gesetz vom 1. Dez. 1869 aufgehoben? — Derselbe. Kann ein Proceß, dem ausdrücklich entsagt ist, wieder aufgenommen werden? — Ritter. Usucapion oder Klageverjährung nach dem Ges. vom 12. Febr. 1864. — Rintelen. Ueber Wechselverjährung. Eine Kontroverse zwischen dem preußischen Obertribunal und dem Reichsoberhandelsgericht. — Harries. Entscheidungen des Oberhandelsgerichts in Versicherungsstreitigkeiten. — Wienstein. Ueber mündliche Nebenabreden. — Quade. Die einzureichende Fassung der Eidesnorm für Sachverständige. — Brettner. Sprachweise und Fremdwörter des neuesten Civilproceß-Entwurfs. — v. Niebuhr. Ausübung des Pfandrechts an Forderungen. — — Herbst. Berechtigung des Schuldners zur Eintragung eines erhöhten Zinsfußes, mit dem Vorzugsrecht der bisher eingetragenen Zinsen. — Rechtsfälle. — Literatur. — Glossen zum allgem. Landrecht. Th. I. Tit. 14.

Striethorst. Archiv für Rechtsfälle. Dritte Folge. 3. Jahrgang. 3. Band. Des Ganzen 83. Band. Berlin. Verlag von J. Guttentag (D. Collin). 1872. 8. 392 S.

Dernburg, Dr. H., ord. Prof. des Rechts. Lehrbuch des preußischen Privatrechts. I. Band. 2. Abth. Allg. Theil des Sachenrechts (Grundbuchverfassung und Agrargesetzgebung) und Eigenthumsrecht. Halle, 1872. Verlag der Buchhandlung des Waisenhauses.

Achilles, A, Stadtrichter. Die preußischen Gesetze über Grundeigenthum und Hypothekenrecht vom 5. Mai 1872, mit Einleitung und Commentar in Anmerkungen. Berlin. J. Guttentag (D. Collin). 1872. 8. VIII u. 248 S.

Bahlmann, W., Kreisger.-Dir. Das preußische Grundbuchrecht. Die Gesetze vom 5. Mai 1872 betr. ꝛc., mit einem ausführlichen Commentar in Anmerkungen, nebst den in Kraft gebliebenen, ergänzenden Gesetzen, sowie besonderen Tabellen ꝛc. und den Ausführungs-Verfügungen des K. Justiz- und Finanzministeriums. Berlin, 1872. F. Vahlen. 8. XVII. und 435 S.

Werner, F., Kreisger.-Dir. Die preußischen Grundbuch- und Hypotheken-Gesetze vom 5. Mai 1872, nebst Materialien. 1. Theil: Gesetze und Ausführungs-Verfügungen. 2 Theil: Materialien. Urkundlich geordnet. Berlin, 1872. F. Kortkampf. 8. 212 S

Philler, O., Kreisrichter. Das Gesetz über den Eigenthumserwerb und die dingliche Belastung der Grundstücke, Bergwerke und selbstständigen Gerechtigkeiten, die Grundbuch-Ordnung und das Stempel-Abgaben-Gesetz vom 5. Mai 1872. Mit einem Commentar auf Grund der Materialien, der Rechtsprechung des Obertribunals und der bisherigen Gerichts-Praxis, sowie mit einem Anhang, enthaltend die übrigen, bei Bearbeitung der Grundbuchsachen unentbehrlichen Gesetze, welche noch Gültigkeit haben und mit einem ausführlichen Sachregister. Magdeburg. E. Baensch. 1872. 8. VIII. und 151 S.

Allg. österr. Gerichtszeitung. Verantwortl. Redakteur Dr. R. Nowack. Wien. J G. Manz. — Neue Folge. IX. Jahrg.. Mai bis August. Nr. 36—70. Aus dem Inhalt: Schwarze. Das Schöffengericht. — Wahlberg. Schöffen oder Geschworne. — Nowack. Ueber einige Abänderungen des Strafgesetzes und der Strafproceßordnung. Zum Entwurf der Strafproceßordnung, Abhandlungen von v. Waser und Krall. — Abhandlungen über die Untersuchungshaft von Zucker und Krall.

Abhandlungen.

XV.

Zur Lehre von den Rechtsquellen, insbesondere vom Gewohnheitsrecht.

Von Herrn Professor Felix Dahn in Königsberg.

(Franz Adickes, zur Lehre von den Rechtsquellen, insbesondere über die Vernunft und die Natur der Sache als Rechtsquellen und über das Gewohnheitsrecht. Cassel und Göttingen. Verlag von G. H. Wigand, 1872. SS. 87.)

Wir knüpfen an die Besprechung der genannten, vielfach anregenden Schrift die Erörterung einiger Fragen, welche den Rechtsphilosophen, den Rechtshistoriker und den Praktiker fast gleichmäßig beschäftigen müssen. Eine erschöpfende Darstellung der Lehre vom Gewohnheitsrecht vom Standpunkt der neuen, auf vergleichender Rechtsgeschichte fortbauenden historischen Schule, welche die Methode und Ergebnisse der deutschen Philosophie seit Hegel und Schelling nicht ignorirt, wie die alte historische Schule, sondern verwerthet, wäre eine dankenswerthe Arbeit, die des berufenen Meisters harrt.

Der Verfasser bemerkt mit Recht, (p. V.) daß die schon vor einem Menschenalter von Savigny als die nächste Aufgabe der wahrhaft historischen Rechtswissenschaft bezeichnete Aufgabe: „Ausscheidung der abgestorbenen und nur scheinbar noch fortlebenden Theile des römischen Rechts" noch immer nicht gelöst sei, und findet den Grund darin, daß der Beweis einer Uebung derogatorischen Gewohnheitsrechtes, welche er neben der Rechtsüberzeugung als Voraussetzung der Entstehung von Gewohnheitsrecht fordert, in den meisten Fällen nicht zu erbringen sei.

Es müssen daher die Bedingungen untersucht werden, unter denen einzelne Bestandtheile der römischen Rechtstheorie für nicht mehr anwendbar erklärt werden dürfen: eine Untersuchung der Lehre von den Rechtsquellen erscheint so als Vorarbeit für die weiter in Aussicht

gestellte Erörterung über Geltung des römischen Rechts als Quelle des heutigen Civilrechts — das ist Zweck und Bedeutung der vorliegenden Schrift.

Die Lehren des römischen Rechts sind anerkanntermaßen nicht maßgebend in dieser Materie. Die Frage: „welches sind die Quellen des Rechts?" ist so nothwendig eine rechtsphilosophische wie die für dieselbe präjudicielle: „was ist das Wesen des Rechts?" und kein Volk und keine Zeit kann die Tyrannisirung seines Denkens ertragen, welche darin läge, sich auch diese Fragen von einer andern Nation oder Zeit beantworten zu lassen, so daß auch hier nur eine „Reception" des von andern Gedachten vorläge.

Hier ist vielmehr eine der Brücken geschlagen, auf denen sich immer wieder die nothgedrungene Annäherung der positiven Rechtswissenschaft an die philosophische Betrachtung des Rechts vollzieht: hier fühlt man sich auf das Principien-Suchen, d. h. eben auf Philosophiren angewiesen. Die positive Rechtswissenschaft kann jene Fragen aus ihrem Material heraus nicht beantworten.

Nach der ursprünglichen Theorie der historischen Schule soll (nach dem Verfasser) der Volksgeist der letzte Grund des Rechts sein, dessen unmittelbare Grundlagen aber die von diesem „befruchteten" Quellen: die gemeinsame Rechtsüberzeugung, (Gewohnheitsrecht) Gesetz und Wissenschaft.

Auf diesem Boden sei aber eine Theorie der Rechtsquellen nicht aufzubauen, da die gesetzlichen Bestimmungen in ihrer Geltung selbst bestritten seien (z. B. in wiefern ein Gesetz, welches die Bildung von Gewohnheitsrecht überall ausschließe, gelte), das Gewohnheitsrecht nur wenige unzureichende Normen hierüber aufstelle in Ermangelung gemeinsamer Rechtsüberzeugung in diesen Fragen und die Wissenschaft, sofern sie überhaupt als besondere Rechtsquelle erscheine, nur vorhandenen Rechtsstoff weiter verarbeiten, nicht solchen schaffen könne. Die philosophischen Deductionen aber, aus welchen man die Lehre von den Rechtsquellen construiren wolle, seien entweder unfähig, objectives Recht zu schaffen oder man müsse zu dem Satz des alten Naturrechts zurückkehren, welchen die historische Schule, wie man bisher angenommen, für immer widerlegt habe: daß nämlich die bloße subjective Vernunft eine Quelle objectiven Rechts sei. S. 4—6.

Der Verfasser bemüht sich nun, diesen scheinbar sehr gefährlichen Satz theils einzuschränken, theils gegen die historische Schule aufrecht zu halten.

Dieser Satz ist aber, richtig verstanden, voll vereinbar mit den

Lehren der fortgeschrittenen historischen Schule, welche sich der philosophischen Durchbildung nicht verschließt, vielmehr die durch Hugo, Puchta, Savigny inhaltlich gewonnenen Ergebnisse mit philosophischer Methode, aber freilich immer auf dem Boden der Beobachtung, d. h. der vergleichenden Rechtsgeschichte, verwerthet.

Ich habe schon vor Jahren die Grundlinien einer rechtsphilosophischen Anschauung auf der Basis der fortgebildeten historischen Schule angedeutet*) und bin allerdings fest überzeugt, daß eine Rechtsphilosophie, die den Namen einer Wissenschaft und nicht einer Phrasensammlung verdient, nur durch Combinirung philosophischer Methode mit Rechtsvergleichung geschaffen werden kann: wie alle Sprachphilosophie, Kunst- und Religionsphilosophie desgleichen fortan der historischen Methode, des „verglichenen Experiments" nicht wird entrathen können. Der Unterschied naturwissenschaftlicher und geisteswissenschaftlicher Forschung liegt fortan nur im Objekt, nicht mehr in der Methode.

Die subjektive Vernunft ist allerdings die letzte Erzeugerin alles Rechts, nur giebt es eine rein-subjektive Vernunft überall nicht: vielmehr ist jedes Individuum, auch das genialste, bedingt durch den Inbegriff seiner geschichtlichen Voraussetzungen und zumal durch den Nationalcharakter seines Volkes. Hierin liegt der Versöhnungspunkt der philosophischen und der historischen Rechtsschule. Einerseits ist der kühne Denker, der das Recht a priori konstruiren oder ganz originelle Rechtssätze abstrakt schaffen will — Rechtsphilosophen wie Kant, Fichte, Hegel oder die Verfasser der verschiedenen aus der „reinen Vernunft konstruirten" Konstitutionen der französischen Republik — doch immer abhängig von seiner Nationalität und Zeit; nur in deutscher Sprache und von Deutschen konnten die Philosopheme der genannten drei Männer gedacht werden und die Zeitverhältnisse Deutschlands spiegeln sich in Kants Kosmopolitismus wie in Fichte's patriotischen Reden und in Hegels System der Verherrlichung des protestantischen und monarchisch-konstitutionellen Preußen — und anderseits wird ja das „objektive Recht" durch die subjektive Rechtsvernunft der Gesetzgeber, Juristen und der einzelnen Glieder der Rechtsgenossenschaft gebildet und verändert.

Damit widerlegt sich unserer Auffassung nach von tiefster rechtsphilosophischer Basis aus der vom Verfasser ebenfalls bekämpfte Einwand, daß die subjektive Rechtsüberzeugung wegen der unerläßlichen Positivität

*) S. den Aufsatz: „Rechtsphilosophie", „Rechtsschulen" im Staatswörterbuch von Bluntschli und Brater und eine Abhandlung: „Zur Rechtsphilosophie" in der Kritischen Vierteljahrsschrift von Pözl XII. 3.

alles Rechts nicht Recht schaffen könne, da das freie Individuum nur der objektiv bestehenden Rechtsnorm, nicht der subjektiven Rechtsüberzeugung Anderer unterworfen werden könne: die subjektive Rechtsüberzeugung wird eben objektives Recht, sie macht sich als solches geltend, indem sie sich ausspricht und, nöthigenfalls mit Gewalt, gegen eine bisher bestandene der dermaligen Rechtsüberzeugung der Mehrzahl nicht mehr entsprechende Rechtsnorm durchsetzt. Allerdings: die rein innerlich gehegte, gar nicht manifestirte, ich möchte sagen, blos theoretische Rechtsüberzeugung auch der Mehrzahl der Genossen eines Lebenskreises ist an sich noch nicht objektives Recht, aber sie kann es jeden Augenblick werden, wenn sie als Gesetz oder als Gewohnheitsrecht auftritt: ja, sie kann auch, in merkwürdiger Vermischung rechtschaffender und rechtanwendender, d. h. gesetzgeberischer und richterlicher Gewalt im Urtheil sofort als objektives Recht erscheinen; der Verfasser weist mit Fug darauf hin, daß nicht nur die deutschen Schöffen des Mittelalters in Fällen, welche das bisherige Statut oder Gewohnheitsrecht nicht vorgesehen hatte, aus ihrer redlichen Rechtsüberzeugung heraus neue (Rechtssätze schöpften und sie auf den vorliegenden Fall anwandten: Rechtserzeuger und Richter, Urtheiler) Rechtsanwender zugleich — auch in der römischen Republik wurden die Strafurtheile von den Comitien in unvorgesehenen Fällen aus der freien Ueberzeugung herausgefunden, wie ohne Zweifel ein germanisches Ting, vor Einführung der Schöffenverfassung, ebenfalls einen bisher nicht vorgesehenen Fall aus der Ueberzeugung der Tinggenossen zu entscheiden sich für berufen erachtet haben würde. Und zwar von Rechtswegen, denn das sind nicht abnorme, das sind die normalen Voraussetzungen der Rechtsbildung.

Warum gelangen die Menschen überhaupt zum Recht? Weil der Rechtstrieb ein wesentlicher nothwendiger Faktor der menschlichen Vernunft ist, weil das Recht ein nothwendiges Attribut menschlicher Gesellung, menschlichen Wesens in Gesellung ist — und das Naturgesetz zwingt den Menschen zur Gesellung — wie Familie, Sprache, Kunst, Religion und Ethos. Weil der Mensch nicht blos um des lieben Friedens willen und zur Verhütung von Mord und Raub das praktische Bedürfniß nach einer beliebigen Ordnung der äußeren Verhältnisse der Menschen zu einander und zu den Sachen hat, sondern neben dieser realen Nöthigung zum Recht die ideale innere Nothwendigkeit, das theoretische Vernunftbedürfniß ihn zwingt, nicht eine beliebige, sondern eine vernünftige Friedensordnung der äußern Verhältnisse zu andern Menschen und zu den Sachen zu gestalten.

So vollzieht sich im Zusammenleben der Menschen unaufhörlich und

unwillkürlich die Fortbildung des Rechts, ganz wie die Umbildung der Sprache: taucht ein neues Lebensverhältniß, eine neue Beziehung zu der Sachenwelt auf oder gestalten sich aus Gründen veränderter Kultur-, Wirthschafts-, Verkehrs-Zustände die bisherigen Beziehungen zu gewissen Sachen thatsächlich anders, so wartet die Rechtsproduktion in der Volksseele nicht, bis etwa durch Zusammentritt zur Volksversammlung im Wege der Gesetzgebung von Staats wegen für den neuen Lebensinhalt die neue Rechtsform festgestellt wird, sondern stillschweigend bildet sich in allen Einzelnen, welche überhaupt von dem neuen Problem berührt werden, eine Vernunft-Ueberzeugung über die bestimmte Form für diese neue Lebensgestaltung — diese Ueberzeugung wird aus später zu erörternden Gründen in den meisten Fällen eine mehr oder minder gleiche sein — und ohne Zweifel ist diese mit der opinio necessitatis begleitete Rechtsüberzeugung theoretisches, inneres Recht, welches, sowie es sich im Leben bei der ersten Anwendung bethätigt, praktisches, äußeres Recht bereits geworden ist. In diesem Sinn ist die Unterscheidung des Verfassers S. 9 von zweierlei objektivem Recht, dem bereits „positivirten" und jenem, welches für den neu auftauchenden Fall erst gefunden wird, wohl begründet.

Die Rechtsbildung ist ein Kristallisationsprozeß: nicht nur nach der vollendeten Kristallisation, auch schon im Augenblick des Zusammenschießens der Gedanken zu dem neuen Rechtsgebilde ist „Recht" vorhanden; die entgegenstehende Ansicht, welche nur das positivirte Recht kennt, verkennt die Kontinuität der Rechtsbildung. Aber freilich, wenn die neue theoretische Rechtsüberzeugung nicht dazu gelangt, sich zu bethätigen, entweder in der Form eines das bisherige Recht ändernden Gesetzes, oder in praktischen Anwendungen des neuen Rechtsgedankens, welche das bisherige Recht durchbrechen, dann liegt eben nur der Versuch einer Rechtsbildung vor, dann ist es dem theoretischen Rechtspostulat nicht gelungen, sich als praktisches Recht zu verwirklichen: z. B. ist ja das Rechtspostulat der Abschaffung der Leibeigenschaft, des Zunftzwangs u. A. lange Zeit eben nur Rechtspostulat geblieben. Der Richter (S. 11) ist daher allerdings ein sehr wichtiges, aber keineswegs das einzige Organ der Neubildung des Rechts: Handelsgebräuche der Kaufleute können lange Zeit bereits neues Recht geschaffen haben, theoretisches und praktisches, bevor eine richterliche Entscheidung der Frage provozirt wird. Alsdann ist es freilich von großer Wichtigkeit, wie sich der Richter zu dem neu erwachsenden Rechte stellt oder nach der geltenden Gesetzgebung, welche z. B. derogatorisches Gewohnheitsrecht ausgeschlossen wissen will, stellen soll.

Die neu sich bildende Rechtsanschauung der Genossen eines Lebenskreises wird nun im Großen und Ganzen wesentlich eine gleiche, übereinstimmende sein, schon deshalb, weil ihnen eben die zu ordnenden Probleme und die in den äußern natürlichen, wirthschaftlichen, kurz historischen Voraussetzungen für die Art dieser Ordnung gegebenen Anhaltspunkte gemeinsam sind. Auf die Bedeutung dieser „geschichtlichen Voraussetzungen“ kommen wir zurück — sie sind neben dem innern Faktor, dem National- (oder Genossen-) Charakter, der äußere Faktor aller Rechtsproduktion. Der Verfasser (S. 14) verwerthet diesen Begriff nur, um zu zeigen, daß die „subjektive Vernunft niemals unbeschränkt subjektiv schalten und walten könne.

Mit Recht wird (S. 19) die Vernunft als die letzte, oberste Quelle des Rechts, die betreibende Ursache der Rechtsbildung bezeichnet und die „Natur der Sache“ unmittelbar als Rechtsquelle hievon abgeleitet: der Nachweis, in welch nothwendigem Zusammenhang mit den übrigen Gebieten des inneren und äußeren menschlichen Lebens die Sphäre des Rechts steht, wird nicht geführt: wie uns denn der einzige Mangel in der Composition der anziehenden Abhandlung darin zu beruhen scheint, daß bei an sich nicht unrichtigen Sätzen die tiefere rechtsphilosophische Begründung fehlt, die doch, wenn solche Fragen einmal angeregt sind, die einzig erschöpfende, das Problem nach allen Richtungen lösende ist.

Das Richtige an der Lehre der alten naturrechtlichen Schule sei gewesen die Erkenntniß, daß die Vernunft die letzte Grundlage des Rechts sei, das Irrige die Annahme, daß diese Vernunft das Recht frei aus sich heraus in nur begrifflicher Entwicklung und unter Abstraction von den Realitäten des Lebens zu gestalten vermöge: letzteren Irrthum habe die historische Schule widerlegt, aber leider im Eifer des Streits, um die Gegensätzlichkeit der Ansichten recht scharf hervorzuheben, auch den ersten Fundamentalsatz mit über Bord geworfen. Der Verfasser strebt nun eine Verschmelzung beider Ansichten in einer höheren Einheit an, zu welcher die naturrechtliche Schule gewissermaßen die Form, die historische Rechtstheorie den Inhalt zu geben hat.

Wir begegnen uns hier auf gleichen Wegen; denn auch wir erblicken die Aufgabe der Rechtsphilosophie in einer Fortbildung der historischen Schule: nur daß wir das Speculative, dessen sie allerdings bedarf, nicht aus der verknöcherten Hand des abgestorbenen rationalistischen Naturrechts empfangen, sondern auf der Höhe deutscher Speculation, welche Schelling und Hegel uns erobert, suchen wollen; die auf nicht speculativem Wege gewonnenen Ergebnisse der historischen

Schule halten wir fest, trachten aber nach philosophischer Begründung derselben auf einer umfassenden Weltanschauung, nach Ueberschreitung der jener nur empirischen Forschungsmethode gezogenen Schranken und unter Durchführung der Consequenzen, welche die alte historische Schule vermöge ihrer hoch conservativen (Niebuhr) und kirchlichen (Stahl) Wahlverwandtschaften zu ziehen sich nimmermehr würde entschlossen haben.

Der Verfasser nennt nun S. 21 „Rechtsquelle" nur das, woraus der Recht Suchende und zwar in erster Linie der zum Finden des Rechts berufene Richter eine Norm für die Entscheidung des einzelnen Falls zu gewinnen vermag; in diesem Sinn sind „jene Momente nicht Rechtsquellen, welche auf die Bildung des Rechts von Einfluß sind: Volkscharakter, Sitten, climatische Bedürfnisse, äußere Vorgänge, kurz, alles dasjenige, was man unter dem Bilde des Volksgeistes zu personificiren sich gewöhnt hat." — Hiegegen ist zu erinnern, daß von dem „Volksgeist" Nationalcharakter, (der freilich in seiner allmäligen Gestaltung auch von den äußeren Einflüssen in Zeit und Raum gefärbt und bestimmt wird) die geschichtlichen Voraussetzungen, von denen der Verfasser einige aufführt und sie geradezu mit dem Volksgeist identificirt, doch genau unterschieden werden müssen. — Auch die Gesetzgebung (Puchta) wird nicht als Quelle des Rechts bezeichnet, wohl aber deren Product, das Gesetz. Die Wissenschaft erscheint als Mittel zur Benutzung der wirklichen Rechtsquellen; (sie kann das theoretische, innere, werdende Recht darstellen, bevor es praktisch geworden) die „etwas verschrieene" Natur der Sache soll, „die Gesammtheit aller derjenigen äußeren Verhältnisse und Umstände zusammenfassen, aus denen heraus die subjective Vernunft die Rechtssätze zu finden hat" S. 22; dadurch wäre die objektive Seite, welche auch diese subjektivste Rechtsquelle aufzuweisen vermag, in zweckmäßiger Weise hervorgehoben. So ist die Vernunft die Grundquelle alles Rechts; zur genaueren Formulirung der einzelnen anzuwendenden Sätze dient die Natur der Sache: aus ihr sind die Rechtssätze zu entnehmen, welche bezüglich der aktiven Rechtsquellen: Gesetz, gemeinsame Rechtsüberzeugung und Gewohnheitsrecht, anzuerkennen sind."

Zu der Operation mit dem (nicht mit Unrecht „verschrieenen") Begriff der „Natur der Sache" wurde der Verfasser durch die Erkenntniß der Nothwendigkeit gedrängt, die allzu subjektivistische Rechtsvernunft zu objektiviren; allein es ist eine Selbsttäuschung, dies objektive Gegengewicht in der „Natur der Sache", einem Erbstück aus dem Nachlaß der alten naturrechtlichen Schule, zu erblicken. Denn diese scheinbar objektive, gleich bleibende „Natur der Sache", die Gesammt-

heit der äußeren Umstände, aus denen die subjektive Vernunft die Rechtssätze finden soll, spiegelt sich ja doch jedesmal verschieden in der Anschauung des betreffenden Volkes in seiner jeweiligen Culturperiode. Es giebt keine objektive Natur der Sache, vielmehr ist jedes Rechtsideal ein relatives: auch die Römer glaubten in ihrer „naturalis ratio“ ein solches objektives für alle Völker und Zeiten gleich bleibendes Instrument für juristische Constructionen gefunden zu haben: aber diese naturalis ratio ist lediglich das relative Rechtsideal der Römer und zwar der Römer einer bestimmten Culturperiode. Mit andern Worten legen wir den Römern der XII. Tafeln, dann denen Hadrians, ferner den Germanen der Volksrechte, dann denen der Rechtsbücher und endlich den modernen, legen wir Hellenen, Hebräern, Kelten, Slaven unter der nämlichen Gesammtheit der äußeren Umstände das gleiche juristische Problem vor — sie werden alle eine verschiedene „Natur der Sache“ in sich spiegeln, sie werden die gleichen objektiven Verhältnisse verschieden auffassen und vermöge der Verschiedenheit ihrer durch den verschiedenen Nationalcharakter bedingten Rechtsideale zu verschiedenen Ergebnissen gelangen. Dieselben Römer, welche ehedem die strenge Ehe mit manus und die agnatische Erbfolge als „der Natur der Sache“ entsprechend gefunden, gelangten, nach Umwandlung der geschichtlichen Voraussetzungen und folgeweise des Nationalcharakters, zur freien Ehe und der cognatischen Succession.

Ja — es bedarf nicht der Ausführung — Juristen desselben Volkes, derselben Zeit gelangen nur allzu häufig in vorgelegten Rechtsfällen zu entgegengesetzten Entscheidungen, weil sie die angeblich objektive „Natur der Sache“ widersprechend auffassen.

Die objektive Ergänzung und Schranke, welche der Verfasser in richtiger Empfindung für die Gefahr einer ausschließlich subjektiven Rechtserzeugung anstrebt, ist in den rechterzeugenden Subjekten selbst schon gegeben: sie liegt in der Gebundenheit des Einzelnen an seine Nation und seine Umgebung in Zeit und Raum, an die geschichtlichen Voraussetzungen; diese, nicht eine stets verschieden gespiegelte „Natur der Sache“, enthalten das objektive, beschränkende Moment in der Rechtsbildung durch die subjektive Vernunft des Einzelnen. Ein Beispiel: eine römische Stadtgemeinde und eine germanische Bauerngemeinde sind jede Eigenthümerin eines Waldes; die „Natur der Sache“ erheischt in beiden Fällen die Verwerthung des Ertrags, unter Schonung der Substanz, für die Gemeindeglieder; aber beide Gemeinden lösen das durch die „Natur der Sache“ gleichmäßig aufgeworfene Problem verschieden: die römischen Curialen bestellen an dem Wald gegen Entgelt

einen usus fructus oder verpachten ihn, indem sie den Geldbetrag in die Gemeindekasse werfen, die germanischen Markgenossen bestellen dingliche an die Höfe geknüpfte Nutzungsrechte nach der Größe des Grundbesitzes oder des Viehstandes des einzelnen Hofwirths: jene römische, diese germanische Auffassung der „Natur der Sache" ist bedingt von dem betreffenden Volkscharakter und der Summe der geschichtlichen Voraussetzungen, welche beide Faktoren in ihrer Verschiedenheit auch schon zuvor den Unterschied herbeigeführt hatten, daß dort eine Stadt, hier ein Dorf gegeben ist. Mit andern Worten: die „Natur der Sache" bezeichnet nur den wirthschaftlichen, politischen u. s. w. **Zweck**, der erreicht werden soll; aber mit welchen juristischen **Mitteln**, in welcher **Rechtsbildung** er erreicht wird, das hängt nicht von der „Natur der Sache", sondern von der national und geschichtlich bedingten Auffassung und Eigenart der zur Rechtsbildung berufenen Vernunftssubjekte ab.

Wenn daher der Verfasser S. 24 die Ansicht, daß der „Volksgeist" oder die von ihm erzeugte Rechtsüberzeugung die eigentliche Quelle alles Rechts sei, widerlegt und den Volksgeist durch die subjektive Vernunft, welche gemäß der „Natur der Sache" handelt, ersetzt zu haben glaubt, so irrt er: die subjektive Vernunft, sofern sie Recht erzeugt, ist objektiv an die Schranken des „Volksgeistes" und der geschichtlichen Voraussetzungen gebunden; doch hat der Verfasser mit Fug hervorgehoben, daß die Genossenschaft, als deren Glied der Einzelne Recht schafft, nicht gerade immer eine Volksgenossenschaft sein muß. Von dieser wichtigen Modifikation der Lehre der ältern historischen Schule ist später ausführlich zu handeln.

Was nun den Grund der verbindlichen Kraft des Gesetzes anlangt, so vermissen wir gerade hier die tiefere rechtsphilosophische Begründung: „alle Gesetze sind allgemein verbindlich,": warum? „nicht weil das einzelne Gesetz und sein Inhalt auf die Rechtsüberzeugung des Volkes zurück zu führen sind, — das ist eine Fiction Puchta's — sondern weil nur dieser Eine Rechtssatz von der allgemeinen Verbindlichkeit aller Gesetze auf der Rechtsüberzeugung des Volks beruht." Wirft man nun aber die nicht zu unterdrückende Frage auf: Warum? aus welchem Grund wird die Verbindlichkeit der Gesetze allgemein anerkannt? so erhalten wir die wenig befriedigende Antwort: (S. 27.) „weil sie durch den Staatswillen verkündet sind"; und fragen wir weiter, warum muß man dem Staatswillen gehorchen? so erfahren wir: „weil die Existenz des Staates selbst anerkannt ist". Hiernach würde jeder nicht mehr an die Gesetze gebunden sein, der erklärte, für seine Person die Existenz des Staates nicht mehr anerkennen, auf seine Hülfe und seinen

Schutz verzichten, dagegen auch an seine Normen nicht gebunden sein zu wollen. Erwidert der Verfasser: „Dies ist unstatthaft, der Staat muß anerkannt werden," so wiederholt sich unsere Frage nach dem Warum? und wir erachten es als eine wesentliche Lücke in der Arbeit des Verfassers, wenn er uns auf diese letzte Frage statt der Antwort den Bescheid ertheilt, daß „eine Einigung über die tiefere philosophische Begründung dieser Sätze (ähnlich die Puchta'sche Begründung des Gewohnheitsrechts) weder wahrscheinlich noch für das Rechtsleben nöthig sei."

Die Entscheidung der Prozesse wird freilich nicht durch die Lösung dieses Problems berührt; aber, wenn man Fragen behandelt, welche in letzter Instanz nur eine rechtsphilosophische Lösung oder gar keine zulassen, kann man sich der „tieferen philosophischen Begründung" nicht wohl entschlagen.

Wir bedürfen nicht erst des Umwegs durch die Begründung des Staats um die Verbindlichkeit der Gesetze zu motiviren. Denn versteht man auch heute unter „Gesetz" im engeren technischen Sinn nur die durch die oberste Staatsgewalt ausgesprochene Rechtsnorm, so ist doch ohne Zweifel der ursprüngliche Begriff des Gesetzes ein weiterer und gerade dieser weitere ist der rechtsphilosophisch fruchtbarere: Gesetz ist nur Eine der mehrfachen Erscheinungsformen des Rechts; auch schon vor dem Staat in dem Verband der Sippe, Horde, Gemeinde kann ein Rechtssatz durch die Gesammtheit oder das Haupt der Genossenschaft bewußt und ausdrücklich ausgesprochen z. B. bisher geltendes Gewohnheitsrecht dadurch geändert werden; eine solche Norm ist Gesetz und gilt als verbindlich, obwohl vom Staat und seiner Anerkennung noch gar keine Rede ist.

Das Gesetzesrecht wie das Gewohnheitsrecht ruht vielmehr auf der Vernunftnothwendigkeit des Rechts.

Es ist ein unabweisliches Bedürfniß der menschlichen Vernunft, daß in einer Menschengenossenschaft die äußeren Beziehungen der Menschen zu einander und zu den Sachen jener Friedensordnung gemäß gestaltet werden, welche dieser Genossenschaft als die vernünftige, die vernunftnothwendige erscheint. Jene vernünftige Friedensordnung einer Menschengenossenschaft in ihren äußeren Beziehungen zu einander und zu den Sachen ist — ihr Recht. Ob die Satzungen dieser Friedensordnung ursprünglich unbewußt, instinktiv erwachsen — Gewohnheitsrecht — oder ob sie später absichtlich mit Reflexion geschaffen werden im Wege des Vertrags oder der Satzung durch höhere Autorität, ist gleichgültig: die opinio necessitatis, um deren willen diesen Normen gehorcht wird, ist einfach die Vernunftnothwendigkeit des Rechts,

die zwingende Gewalt der Logik: wie wir in andern, rein theoretischen Gebieten eine Verschiedenheit der Ansichten durch gemeinsame logische Operation zu beseitigen suchen, z. B. in einem mathematischen Problem, so sucht eine Volks- oder Familien-Genossenschaft das zugleich theoretische und praktische Problem, wie es z. B. mit dem Nachlaß eines Verstorbenen gehalten werden solle, (ob derselbe als herrenloses Gut behandelt und von jedem beliebig okkupirt oder an Verwandte — und zwar an welche? — des Verstorbenen vertheilt oder noch bei dessen Lebzeiten auf den Todesfall auch Fremden zugewendet werden könne) so zu lösen, wie es ihrem Charakter und den geschichtlichen Voraussetzungen nach dieser Genossenschaft als das Vernunftnothwendige erscheint; von dem durch das Rechtsideal dieser Genossenschaft gefundenen und geforderten Prinzip aus — dies wird zunächst, wie Sprache und Sitte, ohne Reflexion produzirt — werden dann im Detail die konsequenten Sätze entwickelt, z. B. daß, wenn bei Familienerbfolge die Gradnähe der Verwandtschaft allein entscheidet, das sogenannte Repräsentationsrecht der Kinder vorverstorbener Kinder oder Geschwister des Erblassers nicht gelten könne. Das ist eine logisch nothwendige Deduktion und wir fordern Anerkennung dieses Satzes wie etwa einer mathematischen Konklusion; wer letztere nicht anerkennen will, nach geführtem Beweise, den überlassen wir achselzuckend seinem Irrthum. Anders freilich im Rechtsgebiet, weil hier die logische Entscheidung nicht nur eine theoretische ist, — zunächst ist sie das, wie jede logische Operation — sondern sehr wichtige praktische Folgen hat: theoretische Forderungen z. B. der Sohnes-Söhne werden theoretisch abgewiesen werden mit Berufung auf das Prinzip der Gradnähe als das dermalen herrschende; suchen sie ihre Nicht-Anerkennung dieser Konsequenz durch Handlungen, z. B. Anmaßen von Erbschaftssachen, zu bethätigen, so werden sie freilich auch thätlich zur Anerkennung gezwungen.

Kömmt es nun im Fortschritt der Kultur zur Bildung des Staates, dann freilich, aber auch erst dann, wird auch die Selbsterhaltung des Staats und die Aufrechthaltung seines ausgesprochenen Willens, des Staatsgesetzes, als eine Vernunftnothwendigkeit empfunden und die Verletzung desselben zunächst um der formellen Gehorsamspflicht willen nicht geduldet; der materielle Grund dieser Verpflichtung aber ist die Vernunftnothwendigkeit des Staats und seines Rechtswillens.

In dem nächsten Abschnitt, der vom Gewohnheitsrecht handelt, wird zunächst (nach dem Vorgang von Unterholzner, Mühlenbruch, Kierulff) an der ursprünglichen Puchta-Savigny'schen Theorie gerügt, daß gerade eine national verbundene Gesammtheit von Menschen als

Trägerin oder Erzeugerin von Gewohnheitsrecht vorausgesetzt werde. Jene Beschränkung ist allerdings aufzugeben: vielmehr ist jede Menschen-Genossenschaft als solche, also auch nur Ein Paar, an sich fähig und bei längerem Bestand ihrer Gesellung, sogar innerlich genöthigt, in Bethätigung des Rechtstriebs Recht zu produziren.

Um das darzuthun, bedarf es nicht erst des Hinweises auf das internationale und auf das Kirchenrecht; es genügt die Erinnerung, daß auch in jenen kleineren Verbänden, welche der Bildung eines Volkes vorhergehen, daß auch in der Sippe, Horde, Gemeinde bereits Recht erzeugt wird.

Aber es ist doch wohl begreiflich und, richtig verstanden, auch voll berechtigt, daß die ältere historische Schule die Nation als die eigentliche Trägerin des Rechts erfaßte; denn einerseits entbehrt das Recht sowohl in seinen Anfängen bei jenen kleinen Kreisen als in seinen Ausläufen in den allzuweiten internationalen und anationalen des Völker- und Kirchen-Rechts der Sicherheit der Anerkennung und Durchführung und andererseits entziehen sich auch jene scheinbar außerhalb des Nationalen stehenden kleineren und größeren Kreise keineswegs vollständig nationalem und analogem Einfluß. Wir sagen: vor dem Nationalstaat, vor der nationalen Stütze, in seinen Anfängen, entbehrt das Recht leicht der Anerkennung und Sicherheit der Vollstreckung: diese Kreise sind zu klein — es fehlt in dem patriarchalischen Rechtsverband an einem Gegengewicht gegenüber dem Haupt des Geschlechts und oft ergeht Willkür für Recht; wird aber das Band des Rechts um mehrere Staaten geschlungen, so werden die Kreise leicht zu groß, zu selbstständig und mächtig: im Völkerrecht klafft ja bekanntlich die Lücke der Erzwingbarkeit so weit, daß man um deßwillen, freilich mit Unrecht, die Existenz dieses Rechts überhaupt geleugnet hat; auch das Kirchenrecht mit seinen nur geistlichen Zwangsmitteln ist kein Muster normaler Rechtsbildung; das Normale vielmehr ist das im Staat erwachsene, vom Staat geschützte und durchgeführte Recht; der Staat aber, auch wenn er sich nicht mit einem Volkskreis deckt, ist immer national gefärbt in seiner Rechtsbildung: entweder dominirt in solchen Mischstaaten eine Nationalität die andere oder es entfalten sich im Gesammtverband des Staats provinziell und stammthümlich, also doch wieder national, gefärbte Rechtsprodukte.

Andererseits sind auch jene kleineren und größeren Kreise nicht ohne nationale oder dem Nationalen analoge Einwirkungen auf ihre Rechtsbildungen: das Völkerrecht nimmt nothwendig Einflüsse der Nationen auf, welche es verbindet; das antike Völkerrecht, das sich der Amphik-

tyonen und Fetialen bedient, hat anderen Charakter als das der wilden Stämme Amerika's oder das Kriegsrecht der modernen Völker Selbst das auf kosmopolitische Universalität angelegte Recht der Kirche, welches, über allen Nationen stehend, alle umfassen will, wie muß es doch so vernehmlich, obzwar widerwillig, Zeugniß ablegen von der unvermeidlichen Gewalt des Nationalen über alle Rechtsbildung! Einmal ist von Geist, Inhalt und Form des römischen Rechts doch wahrlich sehr viel in die Gestaltung des kanonischen Rechts eingedrungen, weil ja die orthodoxe Kirche Staatskirche des römischen Imperiums wurde und weil diese Bischöfe und Priester, welche es bildeten, Römer und römisch geschulte Griechen oder doch Angehörige des Römer-Reiches waren und sich der römisch-griechischen Kultur und Nationalität auch in den Augenblicken nicht zu entziehen vermochten, in welchen sie auf den Concilien der heilige Geist inspirirte. Anderseits ist es aber im letzten Grunde nichts Andres als die Verschiedenheit der Nationalcharaktere, welche die beabsichtigte Einheit der katholischen Kirche, ihrer Dogmen und folgeweise auch ihres Rechts, in die romanisch-katholische, griechisch-russische, protestantisch-germanische auseinander gebildet hat

Endlich aber: auch in den kleineren dem Staat und Volk vorhergehenden Kreisen der Sippe, Horde, Gemeinde nimmt das Recht die Färbung des besonderen Charakters der Race an, welchem diese Gruppe angehört, die eine Vorstufe nationalen Verbandes darstellt.

Es war also ein verzeihliches Versehen, daß die ältere historische Schule alle Rechtsbildung an den Volksverband knüpfte: galt es doch den innigen Zusammenhang dieses Theils des Volkslebens mit den übrigen Erscheinungen der Nationalität: Sprache, Sitte, Kunst, Religion, hervorzuheben.

Die zweite große Streitfrage in diesem Gebiet betrifft die Bedeutung der Uebung d. h. der wirklichen Anwendung des Rechtsgedankens für die Entstehung des Gewohnheitsrechts: ob die Uebung Wesensvoraussetzung oder nur (das wichtigste freilich) Erkenntnißmittel des gewordenen Rechtssatzes sei.

Gegen letzteren Satz Puchta's (Gewohnheitsrecht I. 1828 II. 1837 II. S. 131) wandte sich zuerst Kierulff, (Theorie des allgemeinen Civilrechts (1839) S. 9.) Savigny (System I. S. 37.) räumte dann ein, daß bei manchen „in's Einzelne gehenden" Bestimmungen die Uebung mehr als Erkenntnißmittel, daß sie mitwirkender Entstehungsgrund sein könne. Der Verfasser stellt S. 33 die Schriftsteller zusammen, welche mit Kierulff in der Uebung ein begrifflich nothwendiges Erforderniß

der Entstehung des Gewohnheitsrechts erblicken: sie bilden bei Weitem die Mehrzahl; nur von Gerber, Göschen, Stobbe und Thöl legen der gemeinsamen Rechtsüberzeugung an sich verbindliche Kraft bei; der Verfasser verwirft den Haupteinwand gegen die Puchta'sche Theorie, das Axiom von der Positivität alles Rechts, aber auch deren Hauptstütze, den Satz, daß die gemeinsame Rechtsüberzeugung der Grund alles Rechts sei gelangt jedoch zuletzt, aus andern Gründen, zu dem gleichen Ergebniß wie die historische Schule d. h. zu der Geltungskraft der gemeinsamen Rechtsüberzeugung als solcher.

Wenn er dabei die gemeinsame Ueberzeugung in vielen Fällen für eine Fiction erklärt, da in Wahrheit die Ansichten der Alten und der Jungen, der Reichen und der Armen, der Landbauer und der Handeltreibenden in vielen Punkten von einander abweichen werden und der Richter also mit seinem subjektiv aus der „Natur der Sache" geschöpften Entscheid doch nur seine Ansicht von dem, was Alle als Rechtsüberzeugung verständigerweise anerkennen „müßten" (d. h. nach seiner Meinung sollten) aus der Mehrzahl der Anschauungen bilden muß, so ist dagegen doch vor Allem zu erinnern, daß ja im einzelnen Fall bekanntlich die Rechtsüberzeugung nur des betreffenden Lebenskreises, nicht die vielleicht abweichende anderer Stände, zu beachten ist: wenn eine Handelsusance der Bankiers Einer Stadt von den übrigen Kaufleuten derselben Stadt oder den Bankiers einer andern mißbilligt wird, so ist das für die Verbindlichkeit derselben ganz gleichgültig. Ferner: der Richter darf nicht aus „der Natur der Sache" subjektiv entscheiden, wo ein zweifelloses „Gewohnheitsrecht" entgegengesetzten Inhalts vorliegt: es giebt, wie der Verf. S. 63 selbst einräumt, eine Anzahl wirklicher gemeinsamer Ueberzeugungen, deren Existenz der Richter „verständiger Weise" (wir sagen: pflichtschuldiger Weise) nicht ignoriren darf; ja er muß, was (S. 45) freilich geleugnet wird, die „seiner Ansicht nach fehlerhaft gebildete Ansicht der Laienwelt sich allerdings als Richtschnur aufdringen lassen." Denn er hat nicht jenes Recht zu sprechen, welches nach seiner subjektiven, aus der „Natur der Sache" geschöpften Meinung gelten sollte, sondern jenes, welches objektiv in der Anschauung der Rechtsgenossen gilt: so wenig der Richter ein ihm unzweckmäßig scheinendes Gesetz, so wenig darf er eine ihm unvernünftig scheinende Gewohnheit in seinem Urtheil ignoriren.

Nur in Ermangelung eines bereits fest stehenden Gewohnheitsrechts — wenn z. B. noch die ältere und die neuere Rechtsanschauung mit einander um die Herrschaft über die Geister ringen — mag der Richter

seine Entscheidung aus der „Natur der Sache“, d. h. aus seiner Rechtsüberzeugung von dieser schöpfen. Damit ist auch obige Streitfrage entschieden: nach unserer Grundauffassung von Wesen und Werden des Rechts müssen wir allerdings die gemeinsame Rechtsüberzeugung (welche natürlich individuelle Auffassung und Nuancirung nicht ausschließt) auch schon vor ihrer Bethätigung in einzelnen Anwendungen, also bevor sie durch Uebung äußeres praktisches Gewohnheitsrecht geworden, in dem Sinne für inneres theoretisches Recht erklären als Schöffen, Geschworene, Richter nach dieser Ueberzeugung — in Ermangelung entgegenstehenden Gesetzes- oder Gewohnheitsrechts — auftauchende Rechtsfälle entscheiden dürfen und müssen. Für diese Ansicht, deren bedenkliche Seite wir nicht verkennen, sprechen nicht nur die oben S. 556 erwähnten geschichtlichen Präzedenzfälle, spricht zwingend die Logik der Rechtsproduktion selbst: es heißt die Kontinuität des menschlichen Denkens, hier der Produktion des Rechts, verkennen, will man das innere theoretische Recht bestreiten: aus welchem Grunde denn sonst, als weil die „opinio necessitatis“, d. h. die Vernunftnothwendigkeit sie zwingt, handeln die von einem innerlich entfalteten Rechtssatz beherrschten Geister der Menschen so, wie sie handeln? weil sie es für „Recht“ halten. Soll nun dies Recht erst dann Recht sein, wenn sie danach (einmal? zweimal?) gehandelt haben, in dem Augenblick aber, da sie danach zu handeln beginnen, noch nicht?

Der Verf. führt (S. 44) in verständigen Erörterungen die Gründe aus, welche die Identität der Rechtsüberzeugung im Verlauf der Kulturfortschritte aufheben: der zunehmende Subjektivismus, das Eindringen fremder, gelehrter, dem Volk unverständlicher Rechte, die Ausbildung eines besonderen Juristenstandes: doch ist hervorzuheben, daß auch bei den Germanen schon zur Zeit der Volksrechte — und bei den Nordgermanen ganz abgesehen vom fremden Recht — sich frühzeitig besonders rechtskundige Männer finden, welche durch Talent, Neigung, Uebung als bevorzugte Depositare nicht nur, auch als hervorragende Beherrscher und Fortbildner des Rechtsstoffs erscheinen.

Weiter hebt er dann die Bedeutung, die Vorzüge der gemeinsamen Rechtsüberzeugung auch für vorgeschrittene Kulturperioden hervor: so namentlich für die Stetigkeit der Rechtspflege.

Bei unserer Auffassung (im Wesentlichen, scheint es, übereinstimmend der Verf. S. 50) kann es ein besonderes „Juristenrecht“ als eine Mittelstufe, eine dritte Rechtsquelle neben Gesetz und Gewohnheit nicht geben; vielmehr ist dieses „Juristenrecht“ als obrigkeitliches Recht, z. B. Anordnungen über den äußeren Gang der Rechtspflege, unmittelbarer Ausfluß

des staatlichen Verordnungsrechts, welches als Aeußerung der Gesetzgebung (im weiteren Sinne) erscheint, oder es beruht in diesen Beziehungen auf dem Herkommen (usus fori) oder, falls unter gewissen Voraussetzungen, Präjudizien der obersten Gerichtshöfe wie z. B. in Baiern, durch Gesetz verbindende Kraft beigelegt ist, mittelbar auf der Autorität der Gesetzgebung. Oder endlich es erscheint die „Praxis" (in diesem engeren Sinne) d. h. die konstante Auslegung zweifelhafter oder Ergänzung lückenhafter Rechtsnormen durch die Gerichte als eine Art des Gewohnheitsrechts.

Hier läßt sich häufig ein theoretisches inneres Recht nachweisen, wie in den Usancen etwa des Handels: hat sich an einem bestimmten Platz z. B. die Rechtsüberzeugung gebildet, daß, in Abänderung bisheriger Uebung, die Mäklergebühr für einen vermittelten Kauf fortan nicht mehr vom Verkäufer allein, (d. h. von ihm auf den Kaufpreis geschlagen), sondern von den beiden Parteien gleichheitlich getragen werden solle, so ist dies theoretisches inneres (Gewohnheits)-Recht, so lange bis die erste Anwendung des Satzes praktisch erfolgt; wird z. B. in Folge der Deduktionen einer Monographie bei den Gliedern eines Handelsgerichts die Ansicht alleinherrschend, daß im Zweifel bei dem Kauf auf Probe die Bedingung eine aufschiebende, nicht eine auflösende, sei, so ist diese Anschauung theoretisches inneres (Juristen)-Recht, bis sie in Urtheilen des Gerichts auftritt; dann ist sie praktisches äußeres Juristenrecht geworden. Stößt man sich an den allzu subjektivistisch klingenden Ausdrücken: „inneres theoretisches Recht", so substituire man das Wort: „werdendes Recht": dies Wort erinnert einerseits an die nothwendig erst durch die Anwendung, zu erreichende Vollendung, andererseits bezeichnet es die Rechtsüberzeugung als solche doch schon als das, was sie in Wahrheit ist: Recht, nicht ein bloßes Rechtspostulat. Darin spiegelt sich die ununterbrechbare Continuität geistiger Produktion. Ich erinnere wiederholt, daß dies werdende Recht nur dann als Recht zu betrachten ist, wenn ihm nicht gewordenes Recht noch ausschließend entgegen steht: es muß Raum da sein für das wachsende und werdende Recht; so lang gegenüber dem geltenden Gesetz oder Gewohnheitsrecht sich nur Opposition einer Minderheit erhebt oder bloße Negation, welche den neuen entgegenstehenden Rechtssatz nicht zu formuliren vermag, oder so lang es an der opinio necessitatis gebricht, kann auch von werdendem Recht keine Rede sein; das sind nur vorbereitende Bewegungen, welche vielleicht zu einem werdenden Recht führen, vielleicht aber auch wieder erlahmen mögen.

In unserer Grundauffassung des Juristenrechts als einer Art des Gewohnheitsrechts liegt nun zugleich auch seine Schranke und das Kriterium für die Entscheidung der Frage, inwiefern, unter welchen Voraus-

setzungen die Ausbildung eines besonderen Juristenrechts als eine krankhafte Erscheinung im Rechtsleben zu betrachten sei.

Ohne Grund hat man schon in dem Aufkommen eines Juristenstandes die Widerlegung des Prinzips der historischen Schule zu finden vermeint. Wenn die vergleichende Rechtsgeschichte zeigt, daß sich bei den allermeisten uns bekannten Völkern, oft sogar schon ziemlich früh, besondere Depositare und Kenner des Rechtsstoffes finden, (in den Zeiten der Vorkultur freilich oft identisch mit den in die Geheimnisse des Götterglaubens mehr als die Menge eingeweihten Priestern oder auch auf aristokratische Geschlechter beschränkt) so ist das so wenig ein Widerspruch gegen das historische Prinzip, wie etwa die Thatsache, daß auch in der, der Kunstpoesie vorhergehenden Periode der Volkspoesie doch nothwendig es immer Einzelne sind, welche, durch hervorragendes Talent dazu berufen, die in dem ganzen Volke lebende poetische Anschauung zum Ausdruck bringen. Bildet sich dann im Fortschritt der Kultur in nothwendiger Arbeitstheilung immer schärfer ein Juristenstand empor, so sind doch diese Juristen auch ein Theil des Volks und es ist wahrlich nicht abzusehen, weshalb an der gemeinsamen nationalen Arbeit der Erzeugung und Fortbildung des Rechts zwar Kaufleute und Bauern Theil haben sollen, nicht aber jene Männer, welche Neigung, Talent, Uebung, Kenntniß gerade vor Anderen zu solcher Fortbildung berufen.

Aber freilich, nur sofern die Juristen ein lebendes Glied des Volkskörpers sind, werden sie ihre hohe Aufgabe der Rechtsfortbildung gedeihlich lösen: sie dürfen und sollen diese Bildung leiten und dem Volke auf diesen Bahnen voranschreiten, aber sie sollten nicht eine nicht im Volkscharakter und den Zeitbedürfnissen wurzelnde Rechtsgestaltung erzwingen und der Nation, etwa vermöge der Autorität und Zwangsgewalt des Staats, ein fremdes Recht aufdringen.

Darin, in der Modalität der Rezeption des römischen Rechts, nicht in der Thatsache der Rezeption selbst, lag die beklagenswerthe Verirrung des Juristenrechts des 15. bis 18. Jahrhunderts.[1]) Die Rezeption war eine kulturgeschichtliche Nothwendigkeit: sie ist ein Stück der „Renaissance" und wie wir in unsere Sprache, Kunst und jede Art von Kultur die griechisch-römischen Ueberlieferungen aufgenommen haben, so denn auch in unser Recht; es wäre thöricht, die Bereicherung im Inhalt, die Schulung in der Form der Rechtskultur zu bestreiten, welche wir auch auf diesem

[1]) Mit Fug nennt es der Verf. S. 30 eine arge Verdrehung der Sachlage, wenn Puchta umgekehrt von einem „von seinen Juristen secedirenden Volke" spricht.

Gebiet dem Antritt der Erbschaft der Antike verdanken. Aber die Rezeption hätte eine freie Assimilation des für unsere Bedürfnisse Verwerthbaren sein müssen, nicht eine unterscheidungslose Unterwerfung unter die Autorität der Sammlungen Justinians, als wären diese ein für das deutsche Reich publizirtes Gesetzbuch.

Man wird einwenden: „ist nicht die Möglichkeit dieser Rezeption des fremden Rechts ein schlagender Beweis gegen die Grundauffassung der historischen Schule?"

Mit nichten: denn es war eben der deutsche Nationalcharakter und die Gesammtheit der geschichtlichen Voraussetzungen, der politischen und der Kultur-Zustände Deutschlands im 15. und 16. Jahrhundert, was die Rezeption möglich und nothwendig machte. Und bei näherer Prüfung erweist sich ja auch, daß die angebliche formelle Rezeption in Wahrheit vielfach eine materielle Assimilation war, d. h. daß nicht nur das ungelehrte Volk nach wie vor in seinem außergerichtlichen Rechtsleben in den deutschen Anschauungen, mit wenigen Ausnahmen, fortlebte, daß die Juristen selbst ihre deutschrechtliche Haut nicht abzustreifen vermochten und, ohne Wissen und Wollen, römische Institute wie patria potestas, peculium, dos, donatio propter nuptias u. a. in deutschrechtlichem Sinn auffaßten und darstellten. —

Wenn in dem nächsten Abschnitt (Gewohnheit und Herkommen §. 5, in welchem der Verf. ebenfalls ausführt, daß Uebung nicht Voraussetzung der Entstehung von Gewohnheitsrecht sein kann) mit Berufung auf Windscheid die „Macht der Thatsache, welche sich eine längere Zeit hindurch zu behaupten im Stande gewesen" hervorgehoben und im Anschluß an Stahl betont wird, daß das einmal geübte Recht eben dieser Uebung wegen Geltung habe, so sind doch Zeit und Uebung, diese realen Momente allein, nicht fähig, Recht zu gestalten; ein deutsches Rechtssprüchwort drückt dies treffend aus:

„Hundert Jahre Unrecht ist keine Stunde Recht."

Nicht ein blos Thatsächliches, welches im Widerspruch gegen die Rechtsüberzeugung des fraglichen Lebenskreises, z. B. mit Gewalt, eine Zeit lang aufrecht erhalten wird, kann dadurch allein zum Rechte werden — vom Gebiet des öffentlichen Rechts, des internationalen und des Staatsrechts und den Fragen der Legitimirung revolutionärer Gewalten ist hier vorläufig abgesehen —: wenn z. B. im Mittelalter Raubritter längere Zeit auf der Strom- oder Land-Straße ziehenden Kaufleuten einen Zwangzoll abnehmen, so kann aus diesem vielleicht durch ein Menschenalter fortgesetzten Geschehen allein ein Recht nicht erwachsen. „Die Rechtsüberzeugung erkennt allgemein jeder bestehenden Ordnung

eben wegen dieses Bestehens Rechtsverbindlichkeit zu" S. 52 — ganz einverstanden: nur liegt in dieser Fassung in dem Wort „bestehende Ordnung" bereits das ideale Moment, in dessen Ermangelung eine Rechtsverbindlichkeit nicht zuerkannt wird: „beim Streit über ein Herkommen . . . kommt es häufig vor, daß Parteien sowohl als Richter darüber gar nicht zweifelhaft sind, daß das Herkommen herrschen soll, vielmehr nur über den Inhalt dieses Herkommens sich in Ungewißheit befinden: das einmal geübte Recht soll auch ferner gelten und zwar nur deßhalb, weil es bislang so geübt worden, das ist den Interessenten unzweifelhaft. Ihre Rechtsüberzeugungen aber, die Rechtsanschauungen der übrigen Interessenten und die des Gerichts kommen gar nicht in Betracht" . . . ganz richtig (vorausgesetzt, daß hier unter Herkommen nicht die Ersetzung des fehlenden Beweises rechtmäßiger Entstehung eines Zustandes durch unvordenkliche Zeit, d. h. die Präsumtion rechtmäßiger Entstehung von subjektiven Besitzrechten, sondern eine Art des objektiven Gewohnheitsrechts verstanden wird); aber was fortan geübt werden soll ist eben: „das Recht": nicht ein beliebiger, sondern der bisher als rechtsnothwendig anerkannte Modus soll fortan geübt werden. Und daß es auf die Rechtsüberzeugung der Betheiligten gar nicht ankömmt, ist nur dann richtig, wenn eben alle Betheiligten das bisherige Herkommen fort geübt wissen wollen; wenn sie die Rechtsüberzeugung hegen, daß der der bisherigen Gewohnheit unterliegende Rechtsgedanke vernunftnothwendigermaßen durch den entgegengesetzten verdrängt werden müsse, dann kömmt die Rechtsüberzeugung der Interessenten denn doch in Betracht. Und auch die Rechtsüberzeugung jener Interessenten ist maßgebend, unter welchen sich zuerst die fragliche Gepflogenheit entwickelt hat: vermag z. B. die Gemeinde, welche von der Pfarrkirche auf Grund des Herkommens für zehntpflichtig erklärt wird, darzuthun, daß die Entrichtung des Zehnten nur jure precario auf der frommen oder mildthätigen Gesinnung der Pfarrkinder, nicht auf einer anerkannten Rechtsnothwendigkeit beruhe, so hat diese „lange Zeit bestehende Ordnung" gleichwohl „wegen der Rechtsüberzeugung der Betheiligten" nimmermehr den Charakter eines Gewohnheitsrechts zu gewinnen vermocht. S. 59 wird dann, in andrem Zusammenhang, eingeräumt, auch in den Fällen, wo neben einem bestehenden Herkommen die entsprechende Rechtsüberzeugung nicht nachgewiesen werden kann, weil eben überall keine vorhanden ist, (?) werde man doch annehmen dürfen, „daß das Herkommen bei seiner Entstehung dem Rechtsgefühl und dem Bedürfniß entsprach." Das ist eine nothwendige Ergänzung der S. 52 aufgestellten Sätze. Und die angeblich nicht vorhandene Rechtsüberzeugung der Betheiligten ist gleich-

wohl in zweifachem Sinne vorhanden: sie war als opinio necessitatis thätig bei Bildung des Herkommens und sie ist noch „vorhanden", sofern dies Herkommen für verbindlich erachtet wird.

Da das Juristenrecht, sofern es nicht durch Gesetz in den Präjudizien mit verbindender Kraft ausgestattet ist, so lange es nur inneres theoretisches Recht ist, lediglich auf der wissenschaftlichen Ueberzeugung der Juristen beruht, versteht sich, daß der Richter von dem in der Doctrin herrschenden Satz abweichen muß, „wo er die positive Ueberzeugung der Irrigkeit desselben gewonnen hat" (S. 57); das Gleiche gilt auch von der bereits in einem einzelnen oder in mehreren Urtheilen niedergelegten Ansicht; mit Recht fügt der Verf. bei, überall wo dem Richter die Entscheidung z. B. einer Streitfrage, zweifelhaft erscheint, soll er sich, schon im Interesse der Stetigkeit der Rechtspflege der bisherigen Ansicht anfügen; denn allerdings, „in der überwiegenden Anzahl von Rechtsverhältnissen ist die Art der Regelung von überwiegend geringer Bedeutung gegen das Faktum, daß überhaupt eine feste Art der Regelung existirt (S. 58). So ist es z. B. für das ganze weite Gebiet des Handels viel wichtiger, daß eine einheitliche, allen Betheiligten im Voraus bekannte und daher ihren Spekulationen mit Sicherheit zu Grunde zu legende Norm in Entscheidung einer bestrittenen Frage (durch einen obersten Gerichtshof z. B.) bestehe, als daß diese Entscheidung gerade unter den mehreren denkbaren die theoretisch richtigste sei.

Fährt aber der Verf. fort (S. 57): „Endlich auch da, wo das bisher Geübte mit dem Heiligenscheine des Wohlhergebrachten in der allgemeinen Anschauung umgeben worden ist, wird der Richter auch fernerhin die eigene Ansicht dem Herkommen unterordnen müssen und nur da wird er neue Rechtsgrundsätze aufzustellen wagen, wo er sich überzeugt hat, daß es nicht nur seine subjektive Anschauung von der Nützlichkeit einer Aenderung ist, die ihn drängt, sondern die Erkenntniß einer wahren Nothwendigkeit", so ist hiegegen doch mehrerlei einzuwenden. Es kommt vor Allem darauf an, ob das „Herkommen" äußeres Recht ist oder nicht: ist es Gewohnheitsrecht, so hat der Richter seine subjektive Anschauung einfach diesem Rechtssatz unterzuordnen, auch wenn ihn „die Erkenntniß einer wahren Nothwendigkeit" zur Aenderung drängen sollte, denn er hat geltendes, ihm unvernünftig scheinendes Gewohnheitsrecht ganz ebenso zu respektiren wie geltendes, ihm unvernünftig scheinendes Gesetzesrecht. Ist dagegen jener „Heiligenschein des Wohlhergebrachten" — es ist dringend nothwendig, dieses etwas nebelduftige Phänomen durch bestimmte Unterscheidung aufzulösen — eine nicht mit der opinio necessitatis ausgerüstete Ansicht, welche höchstens eine Gepflogenheit, eine

Sitte, aber kein Recht zu erzeugen vermag, — dann darf und wird der Richter seine entgegenstehende Rechtsansicht nicht dadurch beirren lassen und mag jener Heiligenschein noch so viele Laien blenden; auf die „Nützlichkeit" freilich kömmt es dabei nicht an und gegenüber der Unterscheidung zwischen „subjektiver Anschauung" und „Erkenntniß einer wahren Nothwendigkeit" ist doch zu erinnern, daß die Entscheidung des Richters darüber, ob das Eine oder Andere vorliege, ja doch wieder eine „subjektive Anschauung" ist.

Wir sind nach dem Obigen S. 399 ganz damit einverstanden, daß die Uebung den Rechtssatz nicht erzeugt (S. 60), sondern den entstandenen eben nur anwendet; doch ist das nicht so auszudrücken, daß die Uebung „einer unsichern und etwas unfaßbaren Quelle eine sichtbare und positiv gestaltend wirkende Quelle substituirt": die positive (richtiger wohl: äußerliche) Gestaltung tritt hinzu, aber keineswegs wird nun die Uebung Quelle an der Stätte des Rechtssatzes.

Es drängt sich nun aber die Frage auf, aus welchem Grund, mit welchem Recht unterwerfen wir auch solche Personen dem fraglichen Rechtssatz, welche denselben nicht nur bisher nicht geübt haben, (hierauf beschränkt der Verf. S. 61 seine Erörterung) auch solche, welche dieser Norm widersprechen, welche sie, nachdem sie z. B. im Prozeß ihre Anwendung zum ersten Mal als herrschend erfahren, nicht gelten lassen wollen?

Schwerlich wird man die Antwort des Verfassers völlig befriedigend und tief genug geschöpft finden: „weil in den Uebungshandlungen (auf diese kömmt es nicht an, denn ungeübte Ueberzeugung genügt) der Andern die geübte Norm als eine für die Gesammtheit des Kreises, dem auch er angehört, geltende geübt wird (was giebt den Andern das Recht, die Norm für die Gesammtheit, auch für den Widersprechenden, aufzustellen und zu üben?) und weil die so hervorgetretene Norm eben aus den bisher entwickelten Gründen den Bedürfnissen und Anschauungen aller Betheiligten „vermuthlich" (!) am besten entspricht und sonach bei der Regelung der Rechtsverhältnisse aller in gleicher Lage befindlichen Interessenten in erster Linie in Anwendung zu bringen ist."

Das kann offenbar nicht entscheidend sein: denn weßhalb die Ansicht z. B. von 12 Kaufleuten in einem zum ersten Mal praktisch auftauchenden Fall oder warum die bisherige Uebung die Vermuthung für sich haben solle, daß sie jedesmal die „besser entsprechende" d. h. die mehr rationelle, zweckbefriedigende sei als die von 6 andern oder als die neu sich geltend machende, ist nicht abzusehen.

Auch giebt es ja der unzweifelhaften Fälle sehr viele — jeder Rückblick auf die Rechtsgeschichte zeigt das — in welchen die Ansicht, welche

wir für die schon damals berechtigte, für die mehr der Vernunft und den Bedürfnissen entsprechende erachten, lediglich in der Minderheit bestanden und noch lange Zeit unterdrückt wurde: Leibeigenschaft, Zunftzwang, Negation des Urheberrechts, des sogenannten Repräsentationsrechts im Gebiete des Erbrechts. Verweilen wir bei dem zuletzt genannten Beispiel: man weiß, wie langsam und mühevoll diesem Prinzip, zunächst in enger Beschränkung auf Sohnes-Söhne, im Recht des deutschen Mittelalters die Anerkennung errungen, ja buchstäblich erkämpft wurde; denn da sich die Ansichten und Gründe die Wage zu halten schienen, griff man zur Entscheidung sowohl des Einzelfalls als des Prinzips zum Gottesurtheil des Zweikampfs, in welchem glücklicherweise der liebe Gott sich für die rationelle Ansicht entschied.

Man wird nun wohl nicht behaupten, daß erst vom Ausgang jenes Zweikampfs an die Repräsentation „den Bedürfnissen und Anschauungen aller Betheiligten am Besten entsprochen habe", wird vielmehr annehmen müssen, daß bis dahin eine irrationelle Ansicht, trotz des Widerspruchs der Minderzahl, herrschte. Dieser Herrschaft aber unterwarfen sich auch die Dissidenten nothwendig und von Rechtswegen; warum? Aus Vernunftnothwendigkeit. In Kraft und Namen der Vernunft verlangt man von jedem Menschen, der selbst ein Träger der Rechtsvernunft, Anerkennung für und Unterwerfung unter die Folgesätze des Rechts, welche mit zwingender Logik aus den anerkannten, gemeinsam gebildeten Obersätzen, auch den Widerstrebenden zur Annahme nöthigend, abgeleitet werden. Wer eine solche Rechts-Rechnung nicht gelten lassen will, dem ist so wenig zu helfen, wie Jenem, welcher das Zwingende einer Zahlen-Rechnung nicht einräumen will.

Aber die „Obersätze", die angeblich anerkannten, gemeinsam gebildeten, — wird man einwenden – sind eben häufig nicht anerkannt, nicht gemeinsam gebildet oder nicht mehr gemeinsam gebildet. Wird z. B. der Satz des älteren deutschen Rechts „der Todte erbt den Lebenden" oder der Ausschluß der Weiber von der Nachfolge in Liegenschaften von einer Minderheit des Volkes nicht mehr als vernünftig angesehen, entspricht es der Rechtsüberzeugung einer Menge von Rechtssubjekten nicht mehr, kraft welchen Rechts verlangen wir auch dann von den Dissentirenden Unterordnung ihrer theoretischen Ansichten, Verläugnung ihrer hierauf gestützten praktischen Ansprüche?

Antwort: Abermals aus Vernunftnothwendigkeit. Auch diese opponirende Minderheit muß anerkennen, daß die Verwirklichung von Recht und Staat, dieser unentbehrlichen, von der menschlichen Vernunft unabweislich geforderten Güter, nur durch die Unterordnung der Minderzahl

unter die in gehöriger Form ausgeprägte Anschauung der Mehrzahl (oder der durch die Verfassung zur Normirung des Gesammtwillens berufenen Organe) geschehen kann: Rechtsordnung und Staatsleben hören auf, wenn in jedem Divergenzfall die Minderzahl (oder die Staatsangehörigen) sich an dem Beschluß der Mehrzahl (oder der Staatsgewalt) kraft des angeblichen Rechts der gleichen souverainen Gewalt ihrer Vernunft nicht für gebunden erachten. Es ist das geringere Uebel auch für mich, muß sich der gute Staatsbürger sagen, daß ich ein meiner besseren Einsicht widersprechendes Recht, ein ungerechtes Recht über mich ergehen lasse, als daß das Prinzip der Anarchie die Rechtsordnung auflöse. Hier gilt in der That politische und juristische Disziplin wie militairische: die höhere formell korrekte Anordnung muß auch von dem anerkannt und vollzogen werden, der ihre Mangelhaftigkeit durchschaut und durch angemesseneren Entscheid ersetzen könnte.

Aber freilich diese Gehorsamspflicht gegenüber unvernünftigen Gesetzen und Gewohnheitsrechtssätzen hat ihre Schranken in den Grenzen von Recht und Staat selbst. Im Gebiet des Privatrechts sind die Nachtheile, welche ein verkehrter Rechtssatz im Gefolge führt, wohl fast nie so schwer und so acut wirkend, daß nur die Wahl zwischen seiner oder des Gemeinwesens Existenz übrigte. Bekanntlich aber geschieht es im Gebiet des Staatsrechts, der öffentlichen und wirthschaftlichen Zustände nicht selten, daß eine veraltete Norm starr als formelles Recht festgehalten wird, während der veränderte Lebens-Inhalt des Volkes und der Zeit dringend eine Umgestaltung auch der alten Formen heischt; in solchen Fällen kann dann allerdings nur die Wahl zwischen Untergang des Staats und Volksthums oder der erstarrten Rechtsform übrig bleiben und es geschieht, daß sich die Rechtsanschauung der Mehrzahl (oder des Volkes) gegenüber dem von der Minderheit (oder der Regierung) aus selbstischen Motiven oder aus Verblendung festgehaltenen formellen Recht mit Gewalt, d. h. also mit Verletzung des bestehenden Rechts, aus werdendem, innerem Recht in gewordenes äußeres umsetzt.

Etwas spät (S. 64) richtet auch unser Verfasser den Blick auf die Möglichkeit, daß Inhalt und Form des Volkslebens sich nicht decken, d. h. das Recht nicht gleichen Schritt hält mit den Umgestaltungen des Volksthums in allen Zweigen von Kultur und Wirthschaft; er zieht dann auch, namentlich gegen Stahl sich wendend, die richtigen Folgerungen aus einer gesunden Grundanschauung; nur möchten wir in dem Satz: „die Anschauungen einer früheren Generation sind sonach nicht geeignet, als Rechtsquelle für die Gegenwart zu dienen" einschieben: „nicht immer"; denn bekanntlich verändert sich, namentlich in einfachen,

von äußeren Einflüssen abgeschlossenen Kulturzuständen der Inhalt des Volksthums oft in Generationen sehr wenig, während es allerdings auch Perioden giebt, in welchen die Fortschritte der Kultur, die Zersetzung der bisherigen substanziell den Volksgeist beherrschenden Anschauungen so rasch voraneilen, daß die Rechtsproduktion, welche, der Natur des Rechts entsprechend, langsam arbeiten muß, den rapiden und tief greifenden Veränderungen und den daraus folgenden Anforderungen nach Rechtsreform nicht zu folgen vermag: solche Phasen der Entwicklung haben die Athener nach dem ersten und zweiten Perserkrieg, die Römer nach dem zweiten punischen Krieg und der Unterwerfung von ganz Italien, die Germanen während des Uebertritts auf römisches Gebiet und fast alle europäischen Staaten gegen Ende des Mittelalters und zu Anfang des 16. Jahrhunderts durchlebt. Kömmt nun hinzu, daß der Prozeß der Rechtsumbildung bei einem solchen Volke gerade besonders schwerathmig und mit zähem Widerstreben vor sich geht, (wie dies z. B. bei den Römern und Engländern aus Gründen des Nationalcharakters, der geschichtlichen Ueberlieferung, der Kompliziztheit der gesetzgeberischen Organe und ihrer Funktion, endlich aus einer gewissen nationalen und historischen Angewöhnung sich gestaltet hat), dann kann es begegnen, daß eine schwer auszufüllende Distanz sich einschiebt zwischen dem außergewöhnlich rapiden Fortschritt des Volkslebens und der außergewöhnlich starren Retardation der Rechtsgestaltung. Freilich kann auch bei sehr beweglichem Temparament des Volsgeistes das noch Schlimmere eintreten, daß der fieberhaft erregte Puls des Volkslebens auch die Gesetzgebung ergreift und nun eine Ueberhastung der Rechtsproduktion erfolgt, welche das Athen der Sophisten und das Frankreich der Jakobiner kennzeichnet.

In dem folgenden Abschnitt (S. 6) behandelt der Verfasser die Analogie; mit Recht bemerkt er, daß dieselbe einer gesunden Rechtsbetrachtung nur als eines der „mancherlei Bestimmungsmomente neben vielen andern“ erscheinen wird, welche bei der Rechtserzeugung, auch bei der wissenschaftlichen Weiterbildung des Rechts thätig sind.

Nur möchten wir wiederholt vor der starken Betonung der „Natur der Sache“ bei solchen Deduktionen warnen; denn wir sahen schon, was im Einzelfall für „Natur der Sache“ erklärt wird, ist doch immer nur die Spiegelung der objektiv gegebenen Verhältnisse und daraus folgenden Bedürfnissen in dem subjektiven Nationalcharakter, der freilich seinerseits wieder durch die objektiven Mächte der geschichtlichen Voraussetzungen determinirt wird. Auch die Unterscheidung zwischen Logik und Gerechtigkeit in der Weiterbildung des Rechts durch Analogie wird in einer

höheren Einheit aufgehen müssen: die Logik in der Rechtsbildung darf nicht ungerecht, aber die Gerechtigkeit darf auch wahrlich nicht unlogisch sein.

Aufrichtig gesprochen: die „Gerechtigkeit" hat mit der Jurisprudenz viel weniger zu thun, als die Laien und manche wohlwollende Juristen anzunehmen pflegen. Denn die Gerechtigkeitsliebe, jene moralische Gesinnung, welche z. B. für sich nicht mehr als gebührt in Anspruch nimmt an Vortheilen und Gütern (die δικαιοσύνη im Gegensatz zur πλεονεξία, d. h. jener Gesinnung, welche stets profitiren, stets mehr als begründet ist in Anspruch nehmen will) ist zwar auch im Rechtsleben nicht ohne Einfluß: sowohl was die Forderungen und die Gegenforderungen der Parteien, als was die Würdigung durch den Richter anlangt, ist die aequitas vielfach von Bedeutung.

Aber nicht nur ist dies in der Gesammtheit des Rechtslebens doch nur ein sehr verschwindendes Moment, es fehlt auch nicht an Fällen, in welchen in direktem Widerspruch mit jener sogenannten Gerechtigkeit das Recht Ergebnisse produzirt, welche die aequitas verletzen, welche daher dem Laienverstand geradezu als schreiendes Unrecht erscheinen. Und doch sind sie Recht, wenn auch vielleicht nicht gerecht; denn die Aufgabe der Rechtspflege ist nicht, wie man salbungsvoll zu moralisiren pflegt, die Realisirung der Idee der Gerechtigkeit, sondern der Idee des Rechts. Diese sind aber keineswegs identisch, auch subordinirt sind sie einander nicht, so daß das Recht lediglich äußeres Mittel zum Zweck der inneren Tugend der Gerechtigkeit wäre; sondern das Recht ist Selbstzweck, genauer: ist Befriedigung eines eigenartigen Bedürfnisses der menschlichen Vernunft und wie unter Umständen Konflikte zwischen dem Recht und andern moralischen Tugenden (z. B. der Wohlthätigkeit) entstehen können, so kann es auch Konflikte geben zwischen Recht und Gerechtigkeit; wenn z. B. im Wechselprozeß wegen des abstrakten und formalen Charakters der Skriptur-Obligation die Verurtheilung des Acceptanten erfolgt und dessen aus der „Gerechtigkeit" geschöpfte Einreden, die sich etwa auf Widerruf des Trassanten oder auf mangelnde Deckung stützen, abgewiesen werden, so scheint diese Konsequenz des formellen Rechts eine Verletzung der moralischen Gerechtigkeit.

Aber die menschliche Vernunft, welche das Recht produzirt, arbeitet auf diesem Gebiet mit einer eigenartigen Logik: sie hat erkannt, daß bei der vernunftgemäßen Friedensordnung der äußeren Beziehungen der Menschen untereinander und zu den Sachen jenes Moment, welches man als Gerechtigkeit, Billigkeit, moralische Gesinnung zu beschreiben mehr als zu definiren pflegt, zwar auch ein Faktor, aber eben nur ein Faktor

unter vielen ist; daß die Zweckdienlichkeit, die Rücksicht auf die Verkehrsbedürfnisse, die Logik der Rechtskonstruktion unter Umständen die Ansprüche jener Gerechtigkeit überwiegen müssen. Ein Beispiel von großer Tragweite gewährt die Behandlung des Rechtsirrthums: es ist eine Fiktion, daß heutzutage jeder volljährige Staatsangehörige das Recht kenne oder auch nur zu kennen vermöge; es wäre also ein Postulat der „Gerechtigkeit", gegen jeden aus Rechtsirrthum erlittenen Nachtheil Wiedereinsetzung zu gewähren und doch kann solche Anforderung unmöglich erfüllt werden. Wenn daher der Verf. (S. 69) verlangt, daß die Rechtspflege nicht bloß die Logik der Rechtskonstruktion, sondern auch andere Faktoren, die „materielle Gerechtigkeit" berücksichtige, so möchten wir als „materiell gerecht" eben jene Entscheidung bezeichnen, welche alle in Frage kommenden Momente in gebührender Abwägung ihrer Bedeutung würdigt.

Nicht ganz klar ist uns geworden, was dem Verfasser bei dem Satze S. 70 vorschwebte:

> „niemals aber darf die Wissenschaft sich erkühnen wollen, den aus der Natur der Sache gefundenen, mit den bestehenden Rechtssätzen nicht in Widerspruch tretenden neuen Rechtssätzen nur deßhalb den Zutritt zu wehren, weil sie aus logischen Gründen nicht in ihr System passen."

Wenn man z. B. der Ansicht ist, die neuen Rechtssätze, welche aus der Natur der Inhaberpapiere sich ergeben, treten nicht in Widerspruch mit den bestehenden Rechtssätzen, wie soll dann die Wissenschaft überhaupt in Versuchung gerathen, ihnen den Zutritt zu wehren, „weil sie aus logischen Gründen nicht in ihr System passen"? Stimmen sie mit den „bestehenden", also in das System passenden, Rechtssätzen überein, so müssen sie, wie diese, in das System passen.

Wie aber – diese Frage verdient allerdings ernstere Erwägung – wenn die neuen, aus der Natur der Sache gefundenen Rechtssätze mit den bisher bestehenden allerdings in Widerspruch treten? Wer soll dann nachgeben, das Recht oder der Verkehr, die Wissenschaft oder das Leben? In solcher Fassung ist die Frage unrichtig gestellt und daher, so gestellt, unlösbar; denn weder kann das Bedürfniß des Lebens sich einer Theorie opfern, noch darf die Wissenschaft die Logik verleugnen.

Es handelt sich aber gar nicht um den Gegensatz von Wissenschaft und Leben oder Recht und Bedürfniß. sondern es handelt sich um neu gebildetes Recht, das von der Wissenschaft als solches erkannt werden muß unter Aufhebung oder Umgestaltung des bisherigen Rechts und seiner Theorie.

Wenn z. B. im Gebiet des Handelsrechts das Prinzip der freien Stellvertretung, der Uebertragbarkeit nicht bloß der actio, vielmehr der obligatio selbst, der Singularsuccession in Obligationen, der Verkörperung einer Forderung in einem Werthpapier, der Begründung von Schulden an unbekannte Gläubiger auftaucht und zahlreiche Rechtsbildungen treibt, so liegt nicht ein Konflikt von Recht und Leben oder Wissenschaft und Verkehrsbedürfniß vor, sondern vielmehr das von der Wissenschaft zu lösende Problem, eine neue Rechtsbildung anzuerkennen und theoretisch zu würdigen.

Aber freilich, dies setzt voraus, daß man nicht an die alleinseligmachende Unfehlbarkeit der römischen Rechtslehre glaubt.

Ich kann mir nicht versagen, die vortrefflichen Bemerkungen Stobbe's[1]) hierüber anzuführen: „Man darf nicht, weil etwas nach römischem Recht unmöglich ist, es überhaupt für unmöglich erklären (diese vornehme Behandlung praktischer Institute ist noch nicht ganz verschwunden; so sagt z. B. Lenz, Recht des Besitzes 1860, S. 59: die Ordre- und Inhaber-Papiere „lassen sich in der That nicht unter die Normen des römischen Rechts subsumiren und sind deßhalb überhaupt nicht juristisch zu konstruiren!"); denn die römische Art, die Dinge anzusehen, ist nicht die einzig denkbare und was nach römischem Recht unmöglich ist, kann in einem andern Recht nicht bloß möglich, sondern auch vernünftig und zweckmäßig sein."

Tiefere rechtsphilosophische Auffassung erkennt, daß es ein vernunftwidriges Recht überall nicht geben kann; wenn irgendwo, so gilt auf dem Rechtsgebiet der Satz: „Alles was ist, ist vernünftig", d. h. es ist zur Zeit seiner Entstehung jedes Rechtsgebilde mit Nothwendigkeit als ein Vernunftpostulat seiner Bildner geschaffen worden; mag ein solches Gebilde unter veränderten Lebensbedingungen nicht mehr zweckmäßig oder mag es unserer anders angelegten Art von Anfang als vernunftwidrig erscheinen — es war bei seiner Entstehung ein Versuch, die Rechtsidee in diesem Kreise von Rechtsgenossen zu befriedigen, wie z. B. auch ein verunglücktes Kunstwerk, eine ganze Stil- oder Geschmacksrichtung, welche wir verwerfen, immerhin ein Versuch bleibt, die Idee des Schönen zu verwirklichen. Hat nun gegenüber abgestorbenen Rechtsbildungen die Wissenschaft als geschichtliche Rechtsbetrachtung die Aufgabe, den zu Grunde liegenden Rechtsgedanken, das von der Rechtsvernunft dabei Gewollte zu ermitteln, so hat sie gegenüber den Neubildungen des Rechts, welche der Verkehr erzeugt, die entsprechende Auf-

[1]) Handbuch des deutschen Privatrechts I S. 33.

gabe als dogmatische konstruirende Rechtsbetrachtung den hier verwirklichten Rechtsgedanken an sich zu erschließen und die Folgerungen zu ziehen, unbekümmert darum, ob dieses Institut mit den Grundsätzen anderer (älterer oder fremder) Rechtsbildungen übereinstimme oder nicht. Wesentlich ist nur die innere Logik jeder Neubildung des Rechts für sich. Wenn sich z. B. schon im mittelalterlichen Handelsrecht von den römischen Sätzen abweichende Anschauungen entwickelt haben, hätte man diese Gestaltungen weil „unkonstruirbar" unterdrücken sollen? oder ist es ein unerträglicher Zustand, daß z. B. für Stellvertretung, für Zinsrecht in Handelsgeschäften in der That gerade das Gegentheil von den vom römischen Recht aufgestellten Normen galt und gilt? Oder beruhigt sich nicht vielmehr die Rechtsvernunft über diesen Widerspruch vollständig mit der Erkenntniß, daß es ein absolutes Recht nicht giebt, daß für jede der widerstreitenden Anschauungen vernünftige, in dem Nationalgeist und den jeweiligen Kulturvoraussetzungen wurzelnde Gründe sprechen und daß es eben als Folge unserer reichgemischten Kulturzustände hinzunehmen ist, daß wir für Civilrecht und Handelsrecht in diesen Fragen widerstreitende Rechtsnormen haben. Nicht einmal einen kranken Rechtszustand kann man darin erblicken, man müßte denn die gesammte Entwicklung unseres Rechts in ihrer Kombinirung verschiedener nationaler Rechtsstoffe eine krankhafte nennen, was doch eine arge Verkennung des dadurch gewonnenen Reichthums und der dadurch getragenen Feinbildung unseres Rechts wäre. Freilich ist es höchst lehrreich, zu verfolgen, wie die freieren modernen Grundsätze — man kann nicht sagen, daß sie gerade nur deutsche Anschauungen seien, es sind die Auffassungen des gemein europäischen Handelsverkehrs schon mit dem Aufblühen des italienischen Handels im spätern Mittelalter —, welche in Beseitigung der ängstlichen römischen Cautelen (Zinsbeschränkung, lex Anastasiana, exceptio und querela non numeratae pecuniae; Verbot der lex commissoria, Beschränkung der Konventionalstrafe ꝛc.) sich zunächst nur für das Gebiet der Handelsgeschäfte Anerkennung erkämpft hatten, in unsern Tagen einer nach dem andern durch die Partikular-Gesetzgebung aus dem Handelsrecht in das gemeine Civilrecht herüber getragen werden.

Aber nicht nur, weil das gemeine römische Recht volksfremd ist, kann es geschehen, daß moderne Rechtsbildungen, unverträglich mit dem „System" der bestehenden Rechtslehre erwachsen, — die Geschichte verfährt auch innerhalb der rein nationalen Rechtsgestaltung nicht mit der säuberlichen Gleichförmigkeit theoretischer Konstruktionen; oder zeigt nicht jeder Blick in die Geschichte unseres öffentlichen Rechts, daß Reste mittelalterlicher Institutionen erhalten geblieben sind in unverträglichem Widerspruch mit

den sie umgebenden Einrichtungen des modernen Rechtsstaats? ja zeigt nicht auch die Geschichte des römischen Civilrechts ein Nebeneinander starr festgehaltener Grundsätze des alten jus civile und darüber hinaus gewachsener Normen des prätorischen Rechts und des jus gentium?

Der Rechtszustand eines Volkes bei reicher entwickelter Kultur weist Mannigfaltigkeit, ja Widersprüche der Rechtsbildungen deßhalb auf, weil im Volksgeist selbst und seinen Lebenserscheinungen und Bedürfnissen solche Mannigfaltigkeit, ja Widersprüche bei einer gesteigerten und komplizirten Civilisation unvermeidlich sind.

So gefiel sich das deutsche Mittelalter in einer sehr weit getriebenen Mannigfaltigkeit der Rechtsbildung nach Geburts- und Berufsständen, wobei es die Unterschiede gern zum Gegensatz, den Gegensatz zum ausgesprochenen Widerspruch antithetisch zu steigern liebte; oder es stellte auch je nach objektiven Sachunterscheidungen widerstreitende Grundsätze geflissentlich neben einander: z. B. errungenes und ererbtes Gut; ja es behandelte die gleiche Sache nach verschiedenen Grundsätzen, je nach Verschiedenheit der betheiligten Rechtssubjekte: so wenn ein bekanntes Weisthum Häuser als Liegenschaften bezüglich des Einspruchrechts der Erben, als Fahrniß gegenüber dem Veräußerungsverbot der Herrschaft behandelt.

Das Leben erzeugt gleichzeitig Rechtsbildungen mit widerstreitenden Prinzipien; Aufgabe der Wissenschaft kann es nur sein, das Prinzip jedes Instituts zu erfahren und konsequent durchzuführen — auch hier kann ihr „die utilitas ein Halt zurufen“ (Ihering) — nicht aber den Widerstreit der Prinzipien zu ignoriren oder die neuen Erscheinungen um ihres Widerspruches willen gegen die bestehenden Rechtssätze nicht anzuerkennen.

In dem letzten Abschnitt bespricht der Verfasser das Verhältniß des Gesetzes zu den übrigen Rechtsquellen §. 7; er gelangt hier zu dem Ergebniß der „Superiorität“ des Gesetzesrechts über diese andern Rechtsquellen, namentlich über das Gewohnheitsrecht: danach soll das Gewohnheitsrecht dem Gesetzesrecht nicht derogiren können. Diese dem Gewohnheitsrecht abgünstige Anschauung, welche bekanntlich die großen Kodifikationen in Preußen und Oesterreich beherrscht (die in einer Periode tiefer Verkennung des volksthümlichen Erwachsens alles Rechts entstanden waren), auch in das sächsische bürgerliche Gesetzbuch und leider auch in das Allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch eingedrungen ist, wird von dem Verfasser mit Eifer wieder vertheidigt. Er bemerkt mit Recht, daß er die Puchta-Savigny'sche Begründung der Gleichberechtigung des Gewohnheitsrechts mit deren Auffassung des Gesetzes als fingirter Rechtsüberzeugung, welche der wirklichen des Gewohnheitsrechts zu weichen habe, bereits beseitigt habe.

Aber im Verlauf der Darstellung muß dann der Verf. doch Zugeständnisse machen, welche im thatsächlichen Ergebniß die angebliche Superiorität in der entscheidenden Frage beseitigen: auf „rechtmäßigem Wege“ soll ein Gewohnheitsrecht ein entgegen stehendes Gesetzesrecht nie beseitigen können, „erst die Zeit ziehe den Schleier über den illegalen Vorgang“ — der aber eben doch, und zwar mit Rechtswirkung, vorgegangen ist. Die eigenen Ausführungen des Verf. S. 77 erläutern dann, wie thatsächlich solche Abänderung von Gesetzesrecht durch Gewohnheitsrecht materielles Recht sein kann, obzwar mit Verletzung positiven Rechts.

Darin aber liegt das Wesentliche. Der Verf. kann nicht bestreiten, daß bestehende Gesetze durch desuetudo aufgehoben werden; und doch ist die Nichtanwendung des Gesetzes in einem Fall, da es angewendet werden will, nicht minder eine Verletzung des formellen Rechts als die Anwendung eines entgegengesetzten Grundsatzes; in dieser liegt nur immer auch die Nichtanwendung des gesetzlichen. Selbstverständlich bedarf es auch für Ausbildung eines dem Gesetz derogirenden Gewohnheitsrechts „der Zeit“, d. h. der wiederholten Uebung — sonst gebricht es dem herrschenden Rechtszustand gegenüber an einer erkennbaren Aenderung — aber es ist nicht abzusehen, weßhalb bei dieser Art von Gewohnheitsrechtsbildung die heiligende Wirkung der Zeit eine andere Bedeutung als sonst, ja die allein entscheidende haben soll; das ideale Moment, die opinio necessitatis, ist auch in diesem Falle wahrlich nicht Nebensache.

Allerdings, ein revolutionärer Vorgang im weiteren Sinne ist es, wenn der Staatswille, der im Gesetz geäußert ist und fort gelten will, bis er durch Gesetz aufgehoben wird — „hac lege in perpetuum valitura sancimus“ — nicht durch Gesetz, sondern vorher durch Nichtbefolgung, durch Ausbildung entgegenstehender Rechtsüberzeugung aufgehoben wird. Aber, ist es denn nach so vielen Erfahrungen vernünftig, kann dem Gesetzgeber die Einbildung imputirt werden, er könne unvergängliche, der ändernden Gewohnheit entrückte Normen aufstellen? Der Gesetzgeber soll wissen (und soll nichts Anderes wollen) und das muß als seine Anschauung und Absicht vermuthet werden, daß seine Produkte dem Wandel der menschlichen Dinge nach hergebrachter Umgestaltungsart unterliegen, daß also, wie ein änderndes Gesetz, Nichtanwendung oder Ausbildung entgegenstehender Rechtsüberzeugung sie ändern kann. In solcher Voraussetzung liegt in der Aenderung auch formell nichts Illegales.

Wie aber, wenn ausdrücklich der Gesetzgeber die ändernde Kraft des Gewohnheitsrechts ausgeschlossen hat?

Mit Grund verlangt der Verf., daß eine konsequente Anschauung auch einem solchen Verbot gegenüber die ändernde Kraft des Gewohnheitsrechts aufrecht erhalte.

Und wir stehen nicht an, diese Konsequenz zu ziehen.

Der Gesetzgeber hat in jenem Fall etwas Unmögliches geboten, etwas Nothwendiges verboten: er hat die Rechtsvernunft zum Stillestehen verurtheilt und sie in Nothstand versetzt. Freilich, es mag viele Sätze des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs geben, gegen welche niemals eine ändernde opinio necessitatis mit entsprechender Uebung auftritt. Tritt aber eine solche in äußerlichen Anwendungen bereits erschienen hervor, so ist die Rechtsänderung bereits eingetreten und es hilft nicht, daß man sie eine illegale schilt; auch die „heiligende Macht der Zeit“ ist bei diesem allerdings das formelle Recht durchbrechenden revolutionären Vorgang so wenig wesentlich wie bei der Legitimation von staatsrechtlichen Revolutionen; denn man muß fragen, wie groß muß die Spanne Zeit sein, auf daß sie heiligend wirke?

Es wird also in solchen Fällen „durch Fortsetzung illegaler Handlungen“ — Nichtanwendung eines Gesetzes — allerdings ein Rechtssatz beseitigt, mag auch „dieser Weg kein legaler sein,“ — das Recht wird eben nicht nur auf legalem, es wird nöthigenfalls auch auf illegalem Wege weiter gebildet.

Im Privatrecht handelt es sich allerdings nicht so leicht um Lebensfragen für das ganze Volk oder den Staat, welche vor die Wahl stellen zwischen gewaltsamem Bruch des formellen Rechts oder Untergang; es kömmt hier nicht so leicht zu akuten Krisen; dafür sind die Fälle desto häufiger, in welchen die Gewohnheit die Versäumniß des Gesetzgebers gut macht, veraltete oder von vornherein verfehlte Gesetze zu ändern. Dies geschieht unbefangen, wenn das Gesetz das ändernde Gewohnheitsrecht nicht ausdrücklich ausschloß; beging das Gesetz den Fehler dieses Gebots, so sucht sich die Praxis entweder durch Hinweginterpretation des Veralteten, also unter dem Schein der Aufrechthaltung des Gesetzes, zu helfen — eine Erscheinung, welche mehr juristische Finesse als politische Gesundheit voraussetzt.

Oder: es richtet sich die opinio necessitatis gegen jenes gesetzliche Verbot des Gewohnheitsrechts selbst: es wird herrschende Rechtsüberzeugung, daß jenes Verbot übertreten werden müsse, und nach dieser präjudiziellen Entscheidung tritt das junge Gewohnheitsrecht bei der ersten praktischen Anwendung bereits ausgewachsen und zum Siege gerüstet hervor wie Athene aus dem Haupt des Zeus.

XVI.

Die Reform des Hypothekenrechts in Oestreich.

Von Herrn Professor Dr. Exner in Wien.

(Fortsetzung und Schluß.)

Nachdem wir in dem ersten Artikel die charakteristischen Züge des in Oestreich bisher in Geltung gewesenen Hypothekenrechts hervorgehoben und dabei auf die am meisten reformbedürftigen oder streitigen Punkte andeutungsweise hingewiesen haben, wollen wir nun an der Hand des neuen Grundbuchsgesetzes (vom 25. Juli 1871) die Hauptmaterien unserer Lehre in aller Kürze durchgehen, um einen Ueberblick des durch die Hypothekenreform theils geschaffenen, theils erhaltenen und befestigten Standes der Dinge zu gewinnen.

I.

Einrichtung der Hypothekenbücher.

Das „allgemeine Grundbuchsgesetz" hat zur Voraussetzung den Bestand von Grundbüchern im technischen Sinne und gilt nur, wo solche entweder von Altersher geführt oder neuerlich errichtet werden. Dem „Grundbuch" aber ist es wesentlich, daß es in Form der Realfolien den vollständigen und amtlichen Ausweis über die gesammte sachenrechtliche Lage der in ihm gebuchten Grundstücke enthält, also nicht blos die Hypotheken, sondern insbesondere auch die Eigenthumsverhältnisse und alle Realbelastungen (Servituten, Reallasten, verdinglichte Miethe). Es zerfällt in zwei Bestandtheile von rechtlich durchaus verschiedenem Gewicht: Das Hauptbuch und das Urkundenbuch (Urkundensammlung); ersteres allein ist bestimmt und geeignet die grundbücherlichen Einträge aufzunehmen und ihrem Inhalt spezifische Rechtskraft zu verleihen (Grundbuchsges. §. 5), letzteres hat lediglich die adminikulirende Aufgabe die

jenen Einträgen zu Grunde liegenden Urkunden in Evidenz und zu Jedermanns Einsicht zu halten (§. 7).

Die Führung der Grundbücher geschieht unter unmittelbarer Aufsicht des zuständigen Gerichts erster Instanz (Grundbuchsgericht) durch die Grundbuchsbehörde und unter deren Verantwortung. Dieselbe darf keine Veränderung des Grundbuchsinhalts von sich aus vornehmen, kann auch direkte Aufträge der Parteien nicht berücksichtigen, sondern hat lediglich auszuführen, was das Grundbuchsgericht ihr aufträgt (§. 102); mithin setzt jeder bücherliche Eintrag einen denselben bewilligenden Gerichtsbescheid voraus, und dieser wird je nach Umständen auf Antrag der Partei, zu deren Gunsten der Eintrag erfolgen soll, oder über Requisition eines anderen Gerichts geschöpft.

Die Einträge sind ihrer Art nach (abgesehen von dem Inhalt) entweder (§. 8)

1) „Einverleibungen" (Intabulationen, Extabulationen), d. h. Einträge einer definitiven Rechtsveränderung, sei es Begründung, Uebertragung, Modifizirung oder Aufhebung eines dinglichen Rechtsverhältnisses; oder

2) „Vormerkungen" (Pränotationen), d. h. provisorische Einträge, deren Rechtswirkung durch die rechtzeitig nachfolgende „Rechtfertigung" ihres Inhalts bedingt ist; oder endlich

3) „Anmerkungen", d. h. Einträge, die nicht bücherliche Rechtsveränderungen unmittelbar hervorzubringen, sondern blos gewisse für den Realkredit relevante Thatsachen (z. B. Konkurseröffnung, Sequestration, Minderjährigkeit, Streitanhängigkeit) zu publiziren und für Dritte präjudizirlich zu machen bestimmt sind.

II.

Entstehung der Hypotheken.

A. Voraussetzungen der Errichtung eines giltigen Hypothekarrechts.

1) Bescheinigung einer durch Pfandrecht zu deckenden Geldforderung (§. 14).

Die accessorische Natur des Hypothekarrechts, wie sie das allg. bürgerl. Gesetzbuch (§. 449) im Anschluß an die gemeinrechtliche Pfandrechtslehre prinzipiell festhält, ist auch durch das neue Gesetz nicht alterirt. Wer eine Hypothek erwerben will, kann dieß nur für eine bestimmte, nach Inhalt und Causa zu spezifizirende Forderung, über deren Existenz die dem Hypothekareintrag zu Grunde zu legenden Urkunden

(s. unten) die Bescheinigung enthalten müssen; inwiefern aber die Rechtsbeständigkeit des Eintrags von dem materiellen Bestand jener Forderung abhängig ist, wird unten noch besonders festzustellen sein, keinesfalls gilt für das östreichische Hypothekenrecht der Satz des gemeinen, daß Nichtigkeit oder Aufhebung der Pfandschuld ipso jure die Ungiltigkeit resp. den Wegfall der Pfandschuld zur Folge haben.

Neu ist die Vorschrift (§. 14), daß Hypotheken überhaupt nur für Geldschulden, und zwar in der Regel nur für ziffermäßig bestimmte Summenschulden möglich sind; bei verzinslichen Forderungen muß auch der Zinsfuß eingetragen werden. Forderungen in vorläufig noch unbestimmtem Betrag können nur, wenn ihre Causa schon vorliegt („aus einem gegebenen Credit, aus einer übernommenen Geschäftsführung“ u. s. w., s. g. Sicherheits-Hypotheken), und nur so mit Hypothek bedeckt werden, daß in dem betreffenden Eintrag der Höchstbetrag, bis zu welchem die Haftung reichen soll, ziffermäßig ausgedrückt wird. Die Feststellung desselben bleibt in erster Linie dem Abkommen der Partheien überlassen, nöthigenfalls unterliegt sie der Cognition des Grundbuchsgerichts „nach billigem Ermessen“. (Wo die Anträge der Interessenten weit auseinander gehen, und es an zuverlässigem Material zur Schätzung fehlt, bleibt für diese Cognition dem Richter ein bedenklich großer Spielraum.)

2) Bescheinigung eines Pfandrechtstitels für die Forderung (§§. 26 32, 33).

Die Titel zum Pfandrecht sind aus dem bürgerlichen Recht zu entnehmen; sie gründen sich auf Vertrag, Gesetz, Urtheil (Vergleich). Die vertragsmäßige Zustimmung des Verpfänders insbesondere, die stets eine ausdrückliche sein muß, kann in der Schuldurkunde selbst, in dem Grundbuchsgesuche um Eintragung, oder in einer besonderen Urkunde abgegeben werden. — Die materielle Giltigkeit des Titels hat der Grundbuchsrichter so wenig von Amtswegen zu prüfen, als diejenige der Pfandforderung.

3) Formelle Korrektheit der Urkunden, auf Grund deren die Eintragung begehrt wird (§§. 26, 27).

4) Tabularbesitz des bücherlichen Vormanns (§. 21).

Die Zulässigkeit jedes hypothekenrechtlichen Eintrags setzt voraus, daß Derjenige, zu Lasten dessen er erfolgen soll, zur Zeit des Eintragungsbegehrens als bücherlicher Inhaber des zu belastenden Objekts im

Grundbuch erscheine, oder doch, daß er gleichzeitig mit jenem Begehren als solcher eingetragen werde. Ist die bücherliche Rechtstellung des Vormannes eine blos provisorische oder revokable, so theilt sich diese Eigenschaft dem eingetragenen Recht des Successors von selbst mit. (§§. 49, 50.)

B. Der Bestellungsakt.

Wenn die obigen Voraussetzungen zutreffen, bewilligt das Grundbuchsgericht die angesuchte Eintragung des Hypothekarrechts und beauftragt den Grundbuchsführer mit dem Vollzug; dieses bildet den Entstehungsact (modus acquirendi) der Hypothek. Und zwar wird dieselbe je nach Umständen sogleich definitiv begründet, oder vorerst nur provisorisch (bedingt) in der Voraussetzung, daß ein zweiter ergänzender Eintrag rechtzeitig nachfolgen und die Wirkung des ersten nach rückwärts feststellen wird. Demnach unterscheidet man, wie bei allen hypothekarischen Einträgen, so insbesondere auch bei den Hypothekbestellungen:

1) Die Einverleibung.

Die Einverleibung (Intabulation) der Errichtung eines Hypothekarrechts, wodurch dasselbe unmittelbar und vollwirksam ins Leben tritt, kann nur bewilligt werden, wenn gleichzeitig mit dem betreffenden Begehren die oben sub 1) und 2) angegebenen allgemeinen Voraussetzungen der Hypothekerrichtung durch öffentliche Urkunden, denen der Charakter der Vollziehbarkeit zukommt (§. 33), oder durch besonders qualifizirte („intabulationsfähige") Privaturkunden dargethan werden. Die besondere Qualifikation der letzteren liegt darin: sie müssen die buchmäßig genaue Angabe des zu belastenden Objekts („Tabularkörpers"), die ausdrückliche Erklärung der Einwilligung des derzeitigen Buchinhabers dieses Objekts („Tabularklausel") und überdieß die öffentliche Beglaubigung der Unterschriften enthalten, gerichtlich oder notariell, falls sie im Inlande errichtet sind, sonst von der betreffenden östreichischen Gesandtschaft oder Consularbehörde (§§. 31, 32).

Das Erforderniß der Beglaubigung der Unterschriften ist eine Neuerung des Gesetzes, welche in der durch dasselbe der früheren Praxis gegenüber erhöhten formalen Rechtskraft der Bucheinträge ihren Grund hat, aber in weiten Kreisen als beträchtliche Erschwerung des Tabularverkehrs empfunden wird, und darum schon seinerzeit in den gesetzgebenden Körperschaften auf vielfachen Widerspruch stieß, späterhin aber zum Hebel einer (namentlich auf dem flachen Lande) weit verbreiteten Agitation gegen das ganze Gesetz geworden ist.

2) Die Vormerkung.

Wenn das Begehren um Hypothekbestellung nicht auf intabulationsfähige Urkunden im obigen Sinn gestützt werden kann, gleichwohl aber die allgemeinen Voraussetzungen des Pfandrechtserwerbs für den Impetranten bescheinigt sind, bewilligt das Grundbuchsgericht die Vormerkung (Pränotation) der Hypothekerrichtung; insbesondere also, wenn die produzirten öffentlichen Urkunden nicht einen sofort exequirbaren Anspruch dokumentiren (§. 38), oder den Privaturkunden das Erforderniß der notariellen Beglaubigung oder die formgerechte Tabularklausel fehlt (§. 35). Dagegen kann eine Vormerkung nie bewilligt werden, wenn nicht Forderung und Titel zum Pfandrecht (sei es auch in nicht intabulationsfähiger Form) hinlänglich bescheinigt sind. (§. 36.)

Die vollzogene Vormerkung wirkt den „bedingten" Erwerb des Hypothekarrechts, d. h. sie sichert dem provisorischen Hypothekar für den Fall der rechtzeitig erfolgten und bücherlich ersichtlich gemachten „Rechtfertigung" des pränotirten Eintrags diejenige Rechtsstellung, welche derselbe gehabt haben würde, wenn jener Eintrag schon ursprünglich definitiv (als Intabulation) vollzogen wäre (§§. 40, 46). Das Begehren um Rechtfertigung der Vormerkung, d. h. um Erkenntniß, daß diese „für gerechtfertigt zu halten" und als solche im Grundbuch zu verzeichnen sei, muß in der Regel binnen 14 Tagen nach Zustellung des Vormerkungsbescheides beim Grundbuchsgericht angebracht werden (§. 42).

Im Rechtfertigungsverfahren hat der Impetrant diejenigen Mängel zu ergänzen, die der Intabulation des Hypothekarrechts vorher im Wege standen, sei es durch Nachtrag der förmlichen Requisite, oder durch prozessualische Erhärtung des Anspruchs (§. 41); insbesondere hat er, falls in dieser Beziehung vorher bloße Bescheinigung vorlag, jetzt nicht nur die Existenz einer Forderung, sondern auch den Rechtsgrund (Titel) zum Erwerb des angesprochenen Pfandrechts und dessen Umfang zu beweisen (§. 42). – Unterbleibt oder mißlingt die Rechtfertigung, so ist die Vormerkung auf Antrag des belasteten Theils (nicht von Amtswegen) bücherlich zu löschen (§. 45).

Durch diese Bestimmungen hat das Institut der Pfandrechtsvormerkung endlich diejenige Gestalt wieder erhalten, die seiner Idee entspricht; es ist antizipative Verbücherung eines zur Zeit noch nicht mit allen formellen Requisiten der Intabulation vorliegenden Pfandrechtsanspruchs zum Zweck der Hintanhaltung der Gefahren, die dem präsumtiv Berechtigten aus solchen Rechtsveränderungen erwachsen könnten, die an dem zu belastenden Objekt bis zur Herstellung des strengen Be-

weises über seinen Anspruch sich möglicherweise ereignen. Nicht aber ist es, wie die von der Praxis in Oestreich seit vielen Menschenaltern, aber zu allen Zeiten gegen den Widerspruch der einsichtigeren Praktiker großgezogene Pränotation[1]), ein Rechtsmittel für jeden Gläubiger, um an allen bücherlichen Vermögensobjekten seines Schuldners ohne Titel und in beliebigem Umfang sich ein Pfandrecht selbst zu schaffen und dadurch nicht bloß den Realkredit Jenes möglicherweise unverhältnißmäßig zu schädigen, sondern auch seinen Mitgläubigern ohne jeden Rechtsgrund für eine künftige Exekution das Vorrecht abzugewinnen. —

Zur Beurkundung des vollzogenen Erwerbs eines Hypothekarrechts dient die amtliche Bestätigung des erfolgten bücherlichen Eintrags, welche unter Angabe seines wesentlichen Inhalts derjenigen Originalurkunde angefügt wird, auf Grund deren die Einverleibung oder Vormerkung erfolgt ist (§. 105). Außerdem kann Jedermann auf Verlangen einen amtlich beglaubigten „Grundbuchsauszug", d. h. Abschrift aller auf ein gewisses Objekt bezüglichen Einträge erhalten, welcher als öffentliche Urkunde vollen Beweis macht. Hypothekarische Dokumente, die mehr wären als Beweismittel, kennt das östreichische Recht nicht.

III.

Wirkung der Hypothek.

1) Umfang.

Die Hypothek ergreift stets den ganzen „Grundbuchskörper", auf den sie eingetragen ist. Die Belastung einzelner Parzellen des Grundkomplexes, welchem im Grundbuch nur ein Folium entspricht, und welcher hierdurch als eine rechtliche Einheit konstituirt ist (§. 3), kann nicht stattfinden; die Entlastung solcher Parzellen aber ist nur unter besonderen Voraussetzungen dann möglich, wenn dieselben zugleich aus ihrem bisherigen bücherlichen Zusammenhang gelöst und einem andern Grundbuchskörper zugeschrieben werden, dessen Lasten sie alsdann von selbst mit übernehmen (§. 74). Ist das Eigenthum eines Grundbuchskörpers nach intellektuellen Theilen getheilt, so kann jeder Eigenthümer seine pars pro indiviso besonders mit Hypotheken belasten (§. 13), nicht aber einen Theil seines Theils. — Mit der Hauptsache unterliegen dem Hypothekarrecht deren Accessionen und Pertinenzen nach den Grundsätzen des bürgerlichen Rechts; die Früchte insbesondere, insoweit sie im Augenblick der Realisirung des Pfandrechts nicht bereits bezogen sind. (Bürgerl. Gesetzb. §. 457.)

---

[1]) Vgl. oben S. 181 und die S. 179, Anm. 1 angef. Schrift von Johanny.

Die Hypothek bedeckt die Pfandforderung in dem eingetragenen und zur Zeit der Realisirung noch ungelöschten ziffermäßigen Betrag, beziehungsweise (§. 14) in dem Umfang ihres derzeitigen wirklichen Betrags innerhalb der inscribirten Maximalziffer. Außerdem die (eingetragenen) fälligen Zinsen sammt den dreijährigen Rückständen[1]) und die behufs Realisirung der Hypothek aufgewendeten Prozeß- und Exekutionskosten (§. 16).

2) Inhalt.

In Betreff der Voraussetzungen und Wirkungen der Realisirung des hypothekarischen Anspruchs im Allgemeinen hat das Grundbuchsgesetz nichts normirt, es bleibt also bei dem früheren, oben in Kürze bezeichneten Zustand, wie er durch das allgemeine bürgerliche Recht und die Prozeßgesetze geregelt ist; die zwangsweise Befriedigung des Hypothekars hat die nach den gewöhnlichen Regeln durchgeführte Realexekution auf das Objekt, und diese wieder ein rechtskräftiges Urtheil gegen den Bucheigenthümer desselben zur Voraussetzung.

Nur über das bisher lediglich durch die Praxis ausgebildete und im Einzelnen vielfach zweifelhafte Institut der „Simultanhypotheken" (Correal- oder Verbandhypotheken) bringt das Gesetz (§§. 15, 106—117) ausführliche und zum Theil neue Bestimmungen.

Die Verpfändung mehrerer Grundbuchskörper für Eine Schuld ist allgemein zulässig und berechtigt den Hypothekar die Befriedigung für seine ganze Schuld aus jeder einzelnen Pfandsache zu suchen. Diese Gesammtverpfändung kann sowohl unter Einem, als auch successive für die verschiedenen Objekte erfolgen, und ebenso steht der Entlastung einzelner derselben unter Forthaftung der übrigen nichts im Wege. Ihren formalen Ausdruck findet die Correalität darin, daß Einer der mehreren Einträge bestimmt ist, über die Existenz und jeweilige Beschaffenheit des Gesammtrechtsverhältnisses authentischen Ausweis zu geben: Eines der zur gesammten Hand belasteten Objekte muß (von den Parteien oder eventuell vom Gericht) als der bücherliche Hauptträger des Verhältnisses bezeichnet werden; die betreffende Grundbuchseinlage heißt „Haupteinlage", die übrigen „Nebeneinlagen"; in ersterer ist auf die

---

[1]) Dasselbe gilt von den drei Jahre rückständigen Ansprüchen auf jährliche Renten, Unterhaltsgelder und andere wiederkehrende Zahlungen (§. 17, 18). Von solchen wie von den Zinsen sagt das Gesetz, daß ihnen „dieselbe Priorität gebührt, welche dem Bezugsrechte selbst zukommt," und läßt so dem Zweifel Raum, ob älteren Rückständen gar keine hypotekarische Bedeckung, oder nur schlechtere Priorität zukomme. Ersteres aber scheint das Richtige zu sein.

Letzteren und in diesen auf jene durch eine besondere Anmerkung hinzuweisen. Die Haupteinlage ist bestimmt alle jene Rechtsveränderungen, welche den gesammten Pfandnexus betreffen, ausschließlich aufzunehmen; demgemäß sind Uebertragungen, Beschränkungen, Belastungen, Löschungen, die das ganze Pfandverhältniß angehen, nur in der Haupteinlage zu verzeichnen und gelten sodann rechtlich als in allen schon bestehenden oder noch hinzukommenden Nebeneinlagen vollzogen (§. 112); dem die letzteren einsehenden Publikum gegenüber ist durch die erwähnte, auf die Haupteinlage hinweisende Anmerkung die Evidenz gewahrt. — Rechtsveränderungen, die nur auf eines oder mehrere der in den Nebeneinlagen verzeichneten Simultanrechte Bezug haben, sind gleichwohl beim Grundbuchsgericht der Haupteinlage zu beantragen, und über ihre Zulässigkeit steht diesem der Entscheid zu.

3) Priorität.

Die Rangordnung der Hypothekarrechte wird bestimmt durch die Zeitfolge des Einganges derjenigen Grundbuchsgesuche, auf welche hin ihre Eintragung (Einverleibung oder Vormerkung) bewilligt wurde; gleichzeitig angebrachte Gesuche begründen Hypotheken von gleichem Rang (§. 29). Die Priorität von Simultanhypotheken bestimmt sich für jedes der behafteten Objekte besonders nach dem Zeitpunkt der Einreichung des bezüglichen Eintragungsgesuches (§. 110). — Diese Rangordnung ist durch keinerlei gesetzliche Vorrechtsprivilegien durchbrochen, dagegen kann sie durch Parteidispositionen in doppelter Weise modifizirt werden:

a) Der Vorhypothekar kann einem Nachmann seinen Vorrang vertragsmäßig abtreten (§. 30); die Wirkung davon ist, daß die Forderung des letzteren in der Rangstellung des ersteren zur Befriedigung gelangt, insoweit dies ohne Präjudiz für etwaige zwischen Beiden rangirende Hypothekare geschehen kann. Soll die „Nachstehungserklärung“ des Vormannes auch gegen seinen gutgläubigen bücherlichen Einzelnachfolger wirksam sein, so muß sie nach allgemeinen Grundsätzen im Wege der „Anmerkung“ ins öffentliche Buch eingetragen werden.

b) Der Eigenthümer kann durch eine besondere Anmerkung im Grundbuch („Anmerkung der Rangordnung“, §. 53 ff.) bewirken, daß einer von ihm erst künftig zu errichtenden Darlehnshypothek diejenige Priorität vorbehalten bleibt, welche ihr zukommen würde, wenn sie in dem Zeitpunkt des Ansuchens um die Anmerkung bücherlich eingetragen worden wäre. Hierin liegt also die Antizipation des Ranges für die aus künftigen Creditoperationen resultirenden Hypotheken, und das In-

stitut soll ein partielles Surrogat bilden für die in Oestreich unzulässigen Eigenthümerhypotheken. Gegen Mißbrauch verschiedener Art sucht das Gesetz zum Voraus Schranken aufzurichten, indem es einerseits nur für Darlehne die in Rede stehende Anmerkung zuläßt, andrerseits deren Wirksamkeit auf einen kurzen Zeitraum begrenzt; wenn die in Aussicht genommene Darlehnshypothek binnen 60 Tagen nach Bewilligung der Anmerkung nicht errichtet ist, wird letztere unwirksam und ist von Amtswegen zu löschen (§. 58).

IV.

Uebertragung und Untergang der Hypotheken.

Die bücherliche Cession, Verpfändung oder Löschung einer Hypothekarpost erfolgt wie die Errichtung derselben durch einen über Gerichtsbescheid zu vollziehenden Eintrag, welcher, ebenso wie der Begründungseintrag, seiner Art nach ein definitiver (Einverleibung) oder provisorischer (Vormerkung der Cession rc.) sein kann. Ueber die Voraussetzungen der Bewilligung von Einträgen der einen und der anderen Art gilt das oben schon Angeführte in analoger Anwendung. Insbesondere anlangend

1) Die Cession

hat das Grundbuchsgesetz nichts Neues statuirt. Bemerkenswerth ist nur die in §. 22 enthaltene Anerkennung der Rechtskraft außerbücherlicher Cessionen (womit die oben berührte Streitfrage erledigt ist); hiernach ist wer eine Hypothekarforderung ohne Umschreibung im Grundbuch an sich gebracht hat nach den Grundsätzen des bürgerlichen Rechts (a. b. Gb. §. 1392 rc.) als Cessionar zu behandeln, und sind seine Rechte „mit den Rechten des Ueberträgers in Rücksicht auf die überlassene Forderung eben dieselben“ (§. 1394); wer aber seine Cession hat grundbücherlich eintragen lassen, genießt allseitig den Schutz, welchen die publica fides der Bücher gewährt (s. unten).

2) Afterverpfändung

eingetragener Hypothekarrechte ist nur durch das öffentliche Buch und in denselben Formen möglich, wie die erste Verpfändung. Gegenstand derselben (sowie der Cession) kann sowohl die ganze Forderung des Auktors, als auch ein ziffermäßig oder verhältnißmäßig bestimmter Theil davon sein (§. 13).

3) Löschung.

Wie die rechtskräftige Entstehung, so ist auch der Untergang der

Hypothek schon nach älterem östreichischen Recht bedingt durch den entsprechenden Buchakt, die „Löschung“:

> „Zur Aufhebung einer Hypothek ist die Tilgung der Schuld allein nicht hinreichend. Ein Hypothekargut bleibt so lange verhaftet, bis die Schuldurkunde aus den öffentlichen Büchern gelöscht ist.“ A. b. Gesetzb. §. 469.

Der bücherliche Inhaber des hypothekarisch belasteten Objekts (Grundstück oder Hypothek) stellt bei dem Grundbuchsgericht das Begehren um Bewilligung und Vollzug der definitiven Löschnng, indem er zugleich die materiell-rechtlichen Voraussetzungen des Untergangs der Hypothek in derjenigen Form urkundlich darlegt, welche bei der Einverleibung eines Hypothekarrechts erfordert wird, also durch öffentliche, oder gehörig qualifizirte Privaturkunden (Legalisirung der Unterschriften, ausdrücklicher Löschungskonsens des Hypothekars). Außerdem kann, wenn jene förmlichen Belege noch ausstehen, wohl aber das Vorhandensein der materiellen Löschungsvoraussetzungen hinlänglich bescheinigt wird, die Vormerkung der Löschung angesucht und bewilligt werden. Ihre Wirkung (§. 50) ist analog der oben erwähnten Hypothekbestellungsvormerkung die, daß das betreffende Hypothekarrecht bis zum Zeitpunkt der erfolgten oder mißlungenen Rechtfertigung der Vormerkung in pendenti bleibt; daher sind rechtliche Verfügungen aller Art (Cession, Afterverpfändung) über dasselbe in diesem Zeitraum zwar noch möglich, aber die Pendenz theilt sich ihrem Inhalt mit, so daß also deren Rechtswirkung durch den Ausfall der Rechtfertigungsalternative im umgekehrten Sinne bedingt ist.

Ueber 50 Jahre alte Hypotheken können unter besonderen Voraussetzungen im Wege des Amortisationsverfahrens (§. 118 ff.) zur Löschung gebracht werden.

V.

Anfechtbarkeit hypothekarischer Einträge.

Schon oben ist bemerkt worden, daß die Frage, in wie weit der Inhalt eines hypothekarischen Eintrags der Anfechtung aus materiellrechtlichen Gründen vermöge des Prinzips der öffentlichen Glaubhaftigkeit der Grundbücher entrückt sei[3],) nach dem früher in Oestreich gel-

---

[3]) Das Dogma von der Rechtskraft der bücherlichen Einträge hat in unserer civilistischen Literatur lange Zeit nicht die Berücksichtigung erfahren, die ihm ob seiner eminenten praktischen Tragweite und theoretischen Schwierigkeit gebührt hätte. Für das ältere würtembergische und preußische Recht s. Wächter, Erörterungen I, Nr. 7,

tenden Recht eine vielfach bestrittene und in der That bei dem bisherigen Stand der Gesetzgebung mit Sicherheit nicht zu entscheidende war. Man war sich bei den Berathungen über das neue Gesetz dieses tiefgreifenden Uebelstandes wohl bewußt, und die Nothwendigkeit ihm abzuhelfen wurde ausdrücklich als eine Hauptaufgabe des Grundbuchsgesetzes anerkannt.

Ohne auf Einzelnes einzugehen, sollen hier nun zum Schluß die Hauptnormen herausgehoben werden, durch die unser Gesetz jenem schwierigen Problem gegenüber Stellung nimmt, welches der Conflikt zwischen der Pflicht erworbene Rechte zu schützen und der Nothwendigkeit sie zu Gunsten der öffentlichen Glaubhaftigkeit der Bücher eventuell zu brechen, heutzutage jeder Hypothekargesetzgebung in den Weg stellt.

1) Wenn der Inhalt eines gerichtlich bewilligten und formgerecht vollzogenen hypothekarischen Eintrags der materiellen Rechtslage widerspricht (z. B. bei Nichtigkeit des Vertrages, aus welchem die vermeintliche Pfandschuld resultirte), so gilt als Regel: daß derjenige, welcher durch einen solchen Eintrag materiell unrechtmäßig beschwert erscheint, die bücherliche Restitution („Wiederherstellung des vorigen bücherlichen Standes") klagweise zu begehren befugt ist.

2) Diese „Löschungsklage aus dem Grunde der Ungiltigkeit" kann mit voller Wirkung und innerhalb der gewöhnlichen 30jährigen Verjährungszeit gegen diejenigen Personen durchgeführt werden, „welche unmittelbar durch die Einverleibung, auf deren Löschung geklagt wird, Rechte erworben haben oder von einer Last befreit worden sind, oder wenn sich die Klage auf solche Verhältnisse stützt, welche unmittelbar zwischen dem Kläger und Beklagten obwalten" (§. 62) — m. a. W. also, wenn zwischen den Betheiligten ein obligationenrechtlicher Nexus besteht, kraft dessen die Rektifikation des Grundbuchstandes gefordert werden darf.

3) Ebenso ist die Klage unbedingt wirksam gegenüber solchen dritten Personen, welche sich hinsichtlich der materiellen Verhältnisse, auf denen sie basirt, nicht im guten Glauben befunden haben (§. 63).

4) Endlich müssen auch solche gutgläubige Dritte den Erfolg des Anfechtungsprozesses wider sich gelten lassen, welche ihre bücherliche Rechtsstellung erst nach der Erhebung der Anfechtungsklage erlangt

Prinz, der Einfluß der Hypothekenbuchsverfassung auf das Sachenrecht (1858), für Oestreich meine Schrift „Das Publizitätsprinzip" (1870); für das Recht der deutschen Schweiz Wyss, Zschft. f. schweiz. Rt. XVII, S. 91 ff. (1871); und jetzt für Baiern Regelsberger, Studien im bair. Hypoth.-Rte., S. 71 ff. (1872); vgl. auch Siegmann, Comment. z. sächs. Hypoth.-Odg. S. 8 ff. (1872).

haben, — vorausgesetzt, daß im Zeitpunkt ihres Erwerbs die bücherliche Anmerkung des schwebenden Anfechtungsstreits bereits erfolgt, oder doch beim Gericht angesucht war (§. 61); die Existenz einer solchen „Streitanmerkung", welche gleichzeitig mit der Anfechtungsklage oder später erwirkt werden kann, schließt also für alle ihr nachfolgenden Einträge und für den Bereich ihres Inhalts die Rechtswirkungen der publica fides aus.

5) Dasselbe gilt von jeder Protestation gegen eine grundbücherliche Eintragung, welche von dem durch dieselbe Belasteten innerhalb derjenigen Frist erhoben wird, welche ihm zum Rekurs gegen die betreffende Eintragungsbewilligung offen steht (§. 63). Mithin kann Niemand im Vertrauen auf das öffentliche Buch derivative Rechte mit Sicherheit erwerben auf Grund solcher Eintragungen, rücksichtlich deren die Rekursfrist (30 bis 60 Tage) noch offensteht.

Nach Ablauf derselben aber, und insolange nicht eine „Streitanmerkung" (Nr. 4) eingetragen ist, bietet der Inhalt des Grundbuchs für jeden gutgläubigen Dritten die Gewähr sowohl dafür, daß die bücherlich apparirenden dinglichen Rechtsverhältnisse bestehen (daß ihre eventuelle Anfechtbarkeit ihm nicht schaden kann), als auch, daß andere dasselbe Objekt betreffende dingliche Lasten, als die eingetragenen, nicht zu Recht bestehen.

6) Leider ist dieser Satz einer singulären Beschränkung unterworfen (§. 64).

Gewisse an einer hypothekarischen Eintragung zunächst interessirte Personen (§. 123) haben den gesetzlichen Anspruch, von Amtswegen von der Bewilligung der Eintragung in Kenntniß gesetzt zu werden. Ist nun diese „Verständigung" einer solchen Person „aus was immer für einem Grunde" unterblieben, so erwächst derselben — falls sie den Eintrag aus materiell-rechtlichen Gründen anzufechten in der Lage ist — eine singuläre Löschungsklage auch gegen Dritte, welche weitere bücherliche Rechte auf jenen Eintrag hin im guten Glauben erworben haben. Die Klage verjährt in 3 Jahren von dem Zeitpunkt an, in welchem die angefochtene Einverleibung bei dem Grundbuchsgerichte angesucht wurde, und ist bedingt durch den Beweis (§. 125), daß die vorschriftsmäßige Verständigung des Klägers seinerzeit unterblieben sei.

XVII.

Aphorismen zur Theorie und Praxis des neuen preußischen Immobiliarrechts.

Vom Herrn Rechts-Anwalt M. Levy in Berlin.

I.

Gegenwärtige Stellung des so genannten Surplus-Reservats.

Bekanntlich verordnet der Anh. §. 79 zu §. 648 Theil II. Tit. 1 Allg. Landrechts für den Fall der Auflösung einer gütergemeinschaftlichen Ehe durch den Tod der Ehefrau folgendes:

„Dem Vater, welcher sich nach dem Tode seiner Ehefrau mit seinen minorennen Kindern auseinandersetzt, kann das Eigenthum des auf seinen Namen eingetragenen Grundstücks gegen Einwerfung seines Erwerbungspreises in die zu theilende Masse unter dem auf das Grundstück einzutragenden Vorbehalte, daß bei einem höheren Verkaufe dieses Grundstücks das Mehrere der gemeinschaftlichen Masse zuwachse, ohne gerichtliche Abschätzung oder Subhastation überlassen werden."

Die rechtliche Natur und die Wirkungen des hier bezeichneten Vorbehalts, des sogenannten Surplus-Reservats, sind in der Literatur und Rechtsprechung Gegenstand mannigfacher Controversen geworden. So viel kann man jedoch als unstreitig annehmen, daß der fr. Vorbehalt dem Vater nicht eine Beschränkung des Eigenthums oder Verfügungsrechts an dem Grundstücke, sondern nur eine obligatorische Verbindlichkeit auferlegt, welche durch die Eintragung im Grundbuche einen dinglichen Charakter erhält (vergl. u. A. die Entscheidung des Obertribunals vom 12. April 1870, Striethorst Archiv B. 77. S. 324 ff.).

Es entsteht nun die Frage, ob und in welcher Weise die Eintragung des Vorbehalts nach den neuesten preußischen Hypothekengesetzen zu erfolgen hat. Nach §. 11 der Grundbuch-Ordnung sind in die zweite Abtheilung (1. Hauptspalte) einzutragen:

1) dauernde Lasten und wiederkehrende Geld- und Naturalleistungen aus einem privatrechtlichen Titel (einschließlich der Altentheile §. 76);
2) Beschränkungen des Eigenthums und des Verfügungsrechts des Eigenthümers.

Das Surplus-Reservat fällt unter keine dieser Kategorieen, folglich qualificirt sich dasselbe zur Eintragung in die zweite Abtheilung des Grundbuchs nicht. In die dritte Abtheilung gehören nach §. 12 der Grundbuch-Ordnung die Hypotheken (mit Angabe des Schuldgrundes) und Grundschulden (ohne Angabe eines solchen). Da die einzutragende Verbindlichkeit des Vaters eine bedingte ist, so läßt sie sich ohne Angabe des Schuldgrundes füglich nicht eintragen, und ist daher zur Bestellung einer Grundschuld völlig ungeeignet. Es bleibt also nur die Eintragung des Vorbehalts als Hypothek übrig. Nun ist aber die einzutragende Verbindlichkeit nicht blos eine bedingte, sondern auch hinsichtlich ihres Umfanges unbestimmt, weil die Höhe des zur Theilung zu bringenden Mehrpreises erst beim Eintritt der Bedingung ermittelt werden kann. Der §. 24 des Gesetzes über den Eigenthumserwerb bestimmt aber:

„Wenn die Größe eines Anspruchs zur Zeit der Eintragung noch unbestimmt ist (Cautions-Hypotheken), so muß der **höchste Betrag** eingetragen werden, bis zu welchem das Grundstück haften soll.

Hiernach müßte die Eintragung des Reservats als Cautions-Hypothek unter Angabe einer Maximalgrenze erfolgen. Allein der Anh. §. 79 gestattet die Ueberlassung des Grundstücks an den Vater zu seinem Erwerbungspreise nur unter der Voraussetzung, daß der fr. Vorbehalt uneingeschränkt auf dem Grundstücke eingetragen, m. a. W. daß für den Anspruch der minorennen Kinder eine Caution in unbegrenzter Höhe bestellt werde. Da solches nach §. 24 cit. fortan nicht mehr zulässig ist, so folgt daraus, daß vom Tage der Wirksamkeit der neuen Hypothekengesetze, also vom 1. October 1872 ab, bei Auseinandersetzungen des, eine gütergemeinschaftliche Ehe überlebenden, Vaters mit seinen minorennen Kindern die Anwendbarkeit des Anh. §. 79 ausgeschlossen ist, und daß die bereits eingetragenen

Surplus-Reservate auf den Aussterbe-Etat dieses ganzen Rechtsinstitutes gestellt sind. Die Reform der Hypothekengesetze hat so die Antiquirung einer dem Vormundschafts- und Erbrechte angehörigen Bestimmung auf indirektem Wege herbeigeführt, wozu die Praxis bei den vielfach hervorgetretenen Unzuträglichkeiten derselben sich meines Erachtens nur Glück wünschen kann.

II.

Der „redliche Besitz" an Grundstücken.

Wer vor dem 1. October 1872 redlicher Besitzer eines Grundstücks geworden ist, wird in seinen wohlerworbenen Rechten durch die neuen Immobiliar-Gesetze nicht gekränkt, da diesen keine rückwirkende Kraft beigelegt ist. Zu den erworbenen Rechten gehört freilich eine unvollendete Ersitzung nicht. Da nun §. 6 des Gesetzes über den Eigenthumserwerb 2c. die Ersitzung von Grundstücken gegen den eingetragenen Eigenthümer für unzulässig erklärt, so kann gegen den Letzteren die unvollendete Ersitzung nicht mehr vollendet werden, während sie gegen den nichteingetragenen Eigenthümer fortgesetzt wird und zwar sowohl gegen den, welcher nach dem bisherigen Rechte Eigenthum erworben hat, ohne seinen Besitztitel berichtigen zu lassen, als auch gegen den, welcher nach dem neuen Rechte Eigenthum ohne Eintragung erwirbt (außerhalb der Fälle einer freiwilligen Veräußerung). Weiter entsteht nun aber die Frage, in welchem Umfange und mit welchen Wirkungen nach dem 1. October 1872 ein redlicher (vollständiger) Besitz an Grundstücken im Gegensatz zum Eigenthume erworben werden kann. Wer den Besitz einer Sache mit dem animus domini (dem Willen sie als sein eigen zu besitzen) auf Grund eines Titels erlangt, den er irriger Weise, jedoch unter Ausschluß eines Rechtsirrthums und eines groben oder mäßigen Versehens, für gültig hält, wird nach dem A. L.-R. (§. 7 §§. 10 ff. I. 7) vollständiger und redlicher Besitzer, ohne Eigenthümer zu werden. Diese Theorie hängt augenscheinlich mit der Lehre von dem titulus und modus adquirendi auf das Engste zusammen. Nun hat die Reform des Immobiliarrechts für die Fälle der freiwilligen Veräußerung eines Grundstücks die gedachte Lehre durchbrochen, indem sie für jene Fälle den Erwerb des Eigenthums von der Eintragung des Eigenthumsüberganges im Grundbuche auf Grund einer Auflassung abhängig macht (§. 1 des Gesetzes über den Eigenthumserwerb 2c.); die angeführten Bestimmungen des A. L.-R.

scheinen daher beim ersten Anblick für alle diejenigen Fälle obsolet, wo der Eigenthumsbesitz sich auf eine freiwillige Veräußerung gründet. Eine specielle Analyse bestätigt die Richtigkeit dieses Satzes zwar im Allgemeinen, jedoch mit einer Einschränkung. Wer nach dem A. L.=R. im guten Glauben an seinen Titel den Eigenthums=Besitz, sei es auch nur von dem vermeintlichen Eigenthümer, erlangt hat, muß nach der Theorie des Gesetzbuchs sich nunmehr für den wahren Eigenthümer halten. Eben diese anscheinend begründete Meinung des Eigenthumserwerbes macht die Redlichkeit des Besitzes aus, und giebt dem Besitzer gleichsam das Ansehen des Eigenthümers. Wer aber nach dem neuen Rechte im Wege der freiwilligen Veräußerung den Besitz auf Grund eines selbst gültigen Rechtsgeschäfts und sogar von dem wirklichen und eingetragenen Eigenthümer erlangt, kann doch nicht glauben, das Eigenthum erworben zu haben, wenn der Eigenthums=Uebergang nicht zufolge Auflassung im Grundbuche eingetragen ist. In Ermangelung dieses Requisits fehlt es eben an der Redlichkeit des Besitzes, dieser ist im günstigsten Falle ein unrechtfertiger, weil der Besitzer sich nicht ohne Rechtsirrthum für den Eigenthümer halten kann. Ist dagegen Auflassung und Eintragung des neuen Erwerbers erfolgt, so wird derselbe entweder wirklicher Eigenthümer, mag er nun von dem eingetragenen dispositionsfähigen Eigenthümer oder von dem eingetragenen Nichteigenthümer im guten Glauben an die Richtigkeit des Grundbuches gegen Entgelt erworben haben (§. 9 Abs. 2 des Gesetzes) oder unredlicher Besitzer, wenn er von einem eingetragenen nichtdispositionsfähigen Eigenthümer, oder demjenigen erworben hat, welcher fälschlich für den eingetragenen Eigenthümer vorgestellt ist — da ein Irrthum über die Dispositionsfähigkeit und Identität des Veräußerers nicht ohne Vernachlässigung der schuldigen Aufmerksamkeit Seitens des Erwerbers verfallen kann. Nur ein Fall bleibt übrig, wo ein redlicher Besitz neben dem Eigenthum in Folge freiwilliger Veräußerung erworben werden kann, wenn nämlich Jemand von dem eingetragenen Nichteigenthümer zwar im guten Glauben, aber unentgeltlich die Eintragung des Eigenthums=Ueberganges im Grundbuche und gleichzeitig den Besitz der Sache erlangt. Ein solcher kann sich nach dem neuen Gesetze für den wahren Eigenthümer halten, ohne es zu sein, selbst wenn das Rechtsgeschäft ein formloses war, weil der Mangel der Form durch die Auflassung geheilt wird (§. 10 des Gesetzes über den Eigenthumserwerb). Sein Besitz ist ein redlicher und es finden deshalb auf die Auseinandersetzung zwischen ihm und dem wahren Eigenthümer bezüglich der causa rei die Bestimmungen §§. 189 ff. I. 7 A. L.=R. Anwendung.

bei Aufhebung der ehelichen Gütergemeinschaft während bestehender Ehe der Eigenthums-Uebergang an den der Gemeinschaft unterworfen gewesenen Immobilien sich ohne Auflassung vollzieht. Bekanntlich kann eine solche Aufhebung nach dem A. L.-R. geschehen:

1. auf einseitigen Antrag des einen Ehegatten, und beim Widerspruche des andern also durch richterliches Erkenntniß:
   a) innerhalb zweier Jahre nach vollzogener Ehe, wenn der andere Ehegatte mehr Schulden als Vermögen in die Ehe gebracht hat (§. 420 II. 1 in Verbindung mit §. 392 ebenda. Die bloße Absonderung des §. 392 bewirkt noch nicht die Aufhebung),
   b) wenn der andere Ehegatte in Concurs gerathen ist, für die Zukunft (§. 421 II. 1).
2. Durch Vereinbarung der Eheleute
   a) bei vertragsmäßiger Gütergemeinschaft (§. 419 II. 1),
   b) bei Verlegung des Wohnsitzes an einen Ort, wo keine Gütergemeinschaft stattfindet (§. 417 II. 1 A. L.-R.),
   c) in Beziehung auf die zukünftige Succession (§. 418 II. 1. A. L.-R.).

So viel ist klar, daß die ad 1. gedachten Fälle nicht auf den Begriff einer freiwilligen Veräußerung passen, weil die Aufhebung der Gütergemeinschaft von dem einen Ehegatten gegen den anderen erzwungen wird. Dagegen hat es den Anschein, daß die vertragsmäßige Aufhebung der Gütergemeinschaft den Charakter einer „freiwilligen Veräußerung" an sich trage, weil ja der eine Ehegatte zu Gunsten des andern sich freiwillig des gemeinschaftlichen Eigenthums entäußert. Dennoch glaube ich, daß nach der Intention des Gesetzes auch in diesen Fällen der Eigenthums-Uebergang ohne Auflassung und Eintragung vor sich gehen soll. Für die Abgränzung des Begriffes einer „freiwilligen Veräußerung" kann nur ein gemeinschaftliches Merkmal entscheidend sein, welches alle zweifellos außerhalb dieses Begriffes stehenden Fälle des Eigenthumserwerbs umfaßt. Unbedenklich außerhalb dieses gedachten Begriffes stehen die unmittelbaren Erwerbsarten, zu denen nach dem Allg. L.-R. auch die Erbfolge und die Ersitzung gehört. Außerdem führen die Motive folgende Fälle an: Eintritt in eine eheliche Gütergemeinschaft, Expropriation, nothwendige Subhastation, Landabfindung bei Ablösung von Reallasten, gutsherrlich-bäuerliche Eigenthums-Regulirungen, Gemeinheitstheilungen. Nach §. 52 der Grund-

buch-Ordnung tritt dazu noch Lehns- und Familien-Fideicommißfolge. Nach den Motiven ist das gemeinschaftliche Merkmal der von §. 1 des Gesetzes ausgeschlossenen Fälle dies, daß bei denselben der Eigenthumserwerb nicht in Folge eines Rechtsgeschäfts, sondern in Folge von Ereignissen stattfindet. Dies kann jedoch nicht zugegeben werden, da beispielsweise die Eingehung einer Ehe mit Gütergemeinschaft gewiß ein Rechtsgeschäft ist und kein Ereigniß genannt werden kann. Genauer wäre es schon, wenn gesagt würde — wie im §. 4. I. 9 A. L.-R. — „die Fälle, wo die Gesetze die Erwerbung des Eigenthums schon mit einer gewissen Begebenheit oder Willensäußerung allein ausdrücklich verbinden" und bei denen der Eigenthumserwerb nach §. 4 cit. ausnahmsweise ohne Besitznehmung erfolgt, dies würde aber ebenfalls nicht ganz zutreffen, weil dadurch viele Fälle der unmittelbaren Erwerbsarten, bei denen Besitznehmung erforderlich ist, nicht in das Merkmal mit aufgenommen wären. Ein gemeinsames, wenn auch nur formales Kennzeichen aller erwähnten Fälle ist nun aber dies, daß sich bei denselben der Eigenthumserwerb ohne Uebergabe vollzieht, sei es nun, daß eine solche überhaupt nicht denkbar ist, wie bei den unmittelbaren Erwerbsarten, oder daß das Gesetz ausnahmsweise von dem Erforderniß der Uebergabe für die mittelbare Erwerbung des Eigenthümers absieht. Hiernach wird man sagen können, daß in allen Fällen wo nach dem bestehenden Rechte zum Erwerb des Eigenthums an Grundstücken die Uebergabe nicht erforderlich ist, dieser Erwerb nicht auf einer „freiwilligen Veräußerung" im Sinne des §. 1 des Gesetzes über den Eigenthumserwerb 2c. beruht, und also auch in Zukunft ohne Auflassung und Eintragung vor sich geht. Das so gewonnene Kriterium ist nunmehr zur Entscheidung der aufgeworfenen Frage zu benutzen. Der §. 27 II. 1 A L-R. verordnet:

> „Die Aufhebung der während der Ehe einmal entstandenen Gemeinschaft äußert ihre Wirkungen, in Ansehung der Eheleute selbst, vom Tage der gerichtlichen Erklärung."

Der Eigenthums-Wechsel vollzieht sich danach durch die bloße Willensäußerung ohne das Erforderniß der Uebergabe, wie denn auch in der That eine solche Besitzes-Uebertragung keinen Sinn hätte, weil der Ehemann vor und nach Aufhebung der Gemeinschaft als Verwalter des Vermögens seiner Ehefrau im Besitze desselben wie auch seines eignen bleiben muß. Hieraus folgt, daß der erörterte Fall außerhalb des Begriffs einer „freiwilligen Veräußerung" im Sinne des §. 1 des Gesetzes über den Eigenthumserwerb steht, daß also zum Eigenthums-

Uebergang der Immobilien bei Aufhebung der Gütergemeinschaft während stehender Ehe Auflassung und Eintragung nicht erforderlich und die Rückkehr des Allein-Eigenthums von Immobilien auf den einen Ehegatten lediglich auf Grund der gerichtlichen Erklärung (resp. des die Adjudication aussprechenden rechtskräftigen Erkenntnisses) im Grundbuche zu vermerken ist.

(Wird fortgesetzt.)

XVIII.

Das bayerische Notariat.

Von Herrn Notar Dr. Geßner zu Bamberg.

Am 1. Juli 1872 waren zwei Lustren über den Zeitpunkt hingegangen, an welchem das bayerische Notariatsgesetz in Wirksamkeit trat. Da dasselbe heute noch in Geltung steht, was bei unseren unermüdlich arbeitenden Gesetzesfabriken viel heißen will, so streitet für solches die Vermuthung besonderer Lebensfähigkeit.

Wie verlautet — Zeitschrift für das Notariat in Bayern, Jahrgang 1871, S. 145 — besteht die Absicht für Erlassung einer Reichsnotariats-Ordnung.

Es ist daher vielen nichtbayerischen Fachgenossen vielleicht nicht unerwünscht, in kurzen Umrissen ein Bild des bayerischen Notariats vorgeführt zu erhalten, um sich hierdurch die Kenntniß von dessen Grundzügen verschaffen zu können. In dieser Meinung hat der Verfasser nachstehender Zeilen dem Verlangen, solche zu schreiben, bereitwilligst entsprochen.

§. 1.

Das bayerische Notariatsgesetz begann zu keimen im reformenreichen Jahre 1848. Unter der Regierung Königs Ludwig I. lag das Feld der Gesetzgebung beinahe gänzlich brach; kaum mehr als eine magere Prozeßnovelle ist auf demselben in der langen Zeit von 1825 bis 1848 gewachsen.

Und wie viel hätte auf demselben in diesen 23 Jahren äußeren Friedens und innerer Ruhe gebaut werden können? Was hier zu leisten nothwendig gewesen, ist in dem zu erkennen, was in der Folgezeit von 1848 bis 1870 geleistet wurde.

Bis zum Jahre 1848 blieb es auf diesem Gebiete bei Versprechungen, Zusicherungen, Ansammeln „schätzbaren Materials". Was Wunder, wenn dann die Bewegung des Jahres 1848 auch auf diesem Gebiete sich überstürzte? Was man lange vergeblich angestrebt, wonach man sich umsonst gesehnt, das wollte man nun mit einem Male besitzen, genießen, oder sich doch den Genuß für die Zukunft sichern. Aus diesem letzteren Streben entstand am 4. Juni 1848 das Gesetz: „die Grundlagen der Gesetzgebung über die Gerichts-Organisation".

Im Artikel 7 dieses Gesetzes ist ausgesprochen:

> „Für die Notariatsgeschäfte sollen besondere Beamte aufgestellt werden."

Auf diesen Grundlagen basirt das Gesetz vom 4. Juni 1850, die Gerichtsverfassung betreffend, in dessen 59. Artikel bestimmt ist:

> „Zur Vornahme von Geschäften der nicht streitigen Rechtspflege, insoweit dieselben nicht den Gerichten vorbehalten sind, wird die erforderliche Anzahl von Notaren aufgestellt."
>
> „Die näheren Bestimmungen über den Wirkungskreis und die Geschäftsführung der Notare bleiben einem besonderen Gesetze vorbehalten."

Den Entwurf dieses besonderen Gesetzes legte die Staats-Regierung am 1. März 1851 dem versammelten Landtage vor; eine Vereinbarung hierüber zwischen den Gesetzgebungsfaktoren kam jedoch nicht zu Stande.

Es wurde deshalb das Gesetz vom 4. Juni 1850 durch Gesetz vom 28. Mai 1852 in den einschlägigen Stellen aufgehoben und bestimmt:

> „Die Zuständigkeit der Stadt- und Landgerichte umfaßt sämmtliche Gegenstände der nicht streitigen Rechtspflege. Für die Geschäfte der nicht streitigen Rechtspflege — Notariatsgeschäfte — sollen besondere Beamte aus der Zahl der bei den Stadt- und Landgerichten angestellten Gerichtsbeamten aufgestellt werden."

Dieses trat und blieb in Wirksamkeit bis zum 1. Juli 1862, an welchem Tage das Notariats-Gesetz vom 10. November 1861 in Geltung trat.

Ein dreizehnjähriges Ringen war nothwendig bis dieses Gesetz zu Stande kam! und waren es denn so hochwichtige Fragen, welche die Gesetzgebungsfaktoren trennten?

Die Regierung und beziehungsweise die Kammer der Reichsräthe verlangte:

1. daß der Notar, welcher für einen Dritten Geld einnimmt, solches sofort bei Gericht hinterlege, wenn der Ablieferung an die Person, an welche sie geschehen soll, ein Hinderniß in dem Wege stände, während die Kammer der Abgeordneten dem Notare eine Frist von 8 Tagen zugestehen wollte;
2. daß die Vollziehbarkeitsklausel nur mit ausdrücklicher Zustimmung des Schuldners d. h. dessen, gegen den deren Wirkung bestimmt war, und nach vorgängiger Belehrung desselben den Urkunden beigefügt werden solle;
3. daß der Staats-Regierung im Gesetze die Befugniß vorbehalten werde, die Notare „aus administrativen Erwägungen" zu versetzen, um ein Mittel zu besitzen, dieselben zur ordnungsmäßigen Amtsführung anzuhalten.

Die Kammer der Abgeordneten widersetzte sich diesem Verlangen; dreizehn Jahre später verzichteten die Regierung und die Kammer der Reichs-Räthe darauf. Dafür war das Land dreizehn Jahre mehr um die Segnungen des Notariats gebracht. Daß diese beiden Faktoren nicht länger mehr bei ihrem Verlangen beharrten, das mag zu verdanken sein der Art und Weise, wie die freiwillige Gerichtsbarkeit gehandhabt wurde, und der endlich gewonnenen Einsicht, daß es sich nicht verantworten lasse, dem Lande jener Anforderungen halber das Notariats-Institut länger vorzuenthalten.

Wie die freiwillige Gerichtsbarkeit bis dahin geübt wurde, darüber Einiges unten.

§. 2.

Das bayerische Notariats-Gesetz — welches dem bisherigen Zustande abhelfen sollte — enthält in fünf Titeln 153 Artikel.

I. Der erste Artikel handelt von der Bestellung der Notare.

Darnach sind die Notare vom König ernannte öffentliche Beamte; das Amt kann ihnen nur durch strafrichterliches oder Disziplinar-Erkenntniß entzogen werden; zum Notar kann nur ernannt werden, wer die Prüfung für den Justiz-Staatsdienst mit Erfolg bestanden und nach derselben wenigstens noch zwei Jahre bei einem Notare gearbeitet hat, von welch letzterer Bedingung befreit sind Richter, Staatsanwälte, Gerichtssecretäre und Advokaten; die Stelle eines Advokaten oder ein öffentliches Amt kann ein Notar nicht bekleiden; derselbe darf nicht außerhalb seines Sitzes wohnen, außerhalb desselben kein ständiges Geschäftslokal haben und außerhalb des Bezirksgerichtssprengels, dem sein Sitz angehört, keine Amtshandlungen vornehmen; damit der Notar

nicht versucht wird, seine Thätigkeit anderen Erwerbsquellen zuzuwenden, ist demselben die Vornahme aller hierauf abzielenden Handlungen und Speculationen untersagt.

II. Der zweite Titel handelt in Art. 11 bis 103 von dem Wirkungskreise und der Geschäftsführung der Notare.

1. Bezüglich des Wirkungskreises der Notare enthalten die wichtigsten Bestimmungen die Artikel 11 und 14, welche deshalb hier in ihrem Wortlaute Platz finden dürften:

Art. 11 lautet:

„Der Wirkungskreis der Notare umfaßt die Geschäfte der nicht streitigen Rechtspflege, insoweit dieselben nicht durch den Art. 18 des Gesetzes vom 10. November 1861, die Gerichtsverfassung betreffend, den Gerichten vorbehalten sind."

Innerhalb dieses Wirkungskreises haben die Notare

1. alle auf Rechtsverhältnisse sich beziehenden Erklärungen, Verhandlungen, Verträge und Thatsachen zu beurkunden, über welche entweder nach gesetzlicher Vorschrift oder nach dem Willen der Partheien eine öffentliche Urkunde zu errichten ist, —
2. die Urschriften aufzubewahren,
3. Ausfertigungen und Abschriften zu ertheilen,
4. den Ausfertigungen die Vollziehbarkeitsklausel beizufügen.

Auch steht es bei den nach Art. 18 des Gerichtsverfassungsgesetzes den Gerichten vorbehaltenen Rechtsgeschäften den Betheiligten frei, ihre desfallsigen Erklärungen durch einen Notar aufnehmen zu lassen.

Art. 14 lautet:

„Ueber alle Verträge, welche die Besitzveränderung oder das Eigenthum unbeweglicher Sachen oder diesen gleich geachteter Rechte, sowie über Verträge, welche dingliche Rechte an unbeweglichen Sachen betreffen, sind bei Strafe der Nichtigkeit Notariatsurkunden zu errichten."

Die Rechtsgeschäfte nun, welche in Art. 18 des Gesetzes vom 1. November 1861 die Gerichtsverfassung betreffend, den Gerichten zugewiesen wurden, sind:

1. das Hypotheken- und Grundbuchwesen nebst den Ewiggeldsachen,
2. Das Vormundschafts- und Curatelwesen,
3. die Verlassenschaften und
4. alle übrigen Geschäfte der nicht streitigen Rechtspflege, welche

nach den bestehenden Gesetzen eine gerichtliche Prüfung, Bestätigung oder Beschlußfassung erfordern.

Ein Irrthum wäre es aber, wenn hiernach angenommen werden wollte, daß die Thätigkeit der Notare ausgeschlossen sei, soweit es sich um Hypothekensachen, um Angelegenheiten, Rechtsgeschäfte Minderjähriger oder unter Curatel stehender Personen oder um Verlassenschaften handle, vielmehr findet bezeichneter Art. 14 des Notariats-Gesetzes durch die Vorschrift des Gerichtsverfassungsgesetzes Art. 18 keine Einschränkung.

Das Hypotheken- und Grundbuchswesen ist der Zuständigkeit der Notare nur entzogen, soweit es sich um Führung dieser Bücher handelt. Rechtsgeschäfte, welche die Bestellung oder Uebertragung einer Hypothek auf einen anderen Gläubiger, Cession, enthalten, müssen, weil sie ein dingliches Recht zum Gegenstande haben, von den Notaren beurkundet werden.

Der Notar giebt die treffende Urkunde an das Hypothekenamt ab, welches den erforderlichen Eintrag im Hypothekenbuche zu machen, daß dieses geschehen auf der Notariatsurkunde zu bestätigen und diese dem Notare zurück zu geben hat, welcher den Betheiligten Ausfertigungen davon ertheilt.

Wenn das Gerichtsverfassungsgesetz das Vormundschafts- und Kuratelwesen den Stadt- und Landgerichten zuweist, so ist damit nicht bestimmt, daß Verträge, bei denen Minderjährige betheiligt sind, bei den Gerichten zu verlautbaren seien, vielmehr ist nach Art. 12 des Notariats-Gesetzes die Beurkundung dieser Verträge unter den dem ausschließlichen Wirkungskreise der Notare zugewiesenen Geschäften begriffen.

Der Notar hat nur die treffende Urkunde dem zuständigen Einzelgerichte zur Prüfung und Genehmigung vorzulegen und dieses den Beschluß auf der Urschrift der Urkunde zu setzen.

Auch bezüglich der Verlassenschaften ist die Zuständigkeit der Gerichte keine ausschließliche, denn abgesehen davon, daß es dem Erblasser unbenommen ist, in seinem Testamente den Notar als Vollstrecker seines letzten Willens aufzustellen, können die Erben die Auseinandersetzung einer Verlassenschaft einem Notar übertragen, nur ist, wenn Minderjährige oder unter gerichtlicher Curatel stehende Personen dabei betheiligt sind, hierzu die Zustimmung der Curatelbehörde erforderlich.

Andererseits gehört in Verlassenschaften zur ausschließlichen Zuständigkeit der Notare die Errichtung der Vermögens-Inventare und die Beurkundung jener Rechtsgeschäfte, welche das Eigenthum unbeweglicher

Sachen oder diesen gleich geachteter Rechte betreffen, sohin z. B. die Theilung des zur Nachlaßmasse gehörigen Grundvermögens, der Hypothekforderungen u. s. w.

Vergleiche, selbst wenn sie einen bei Gericht anhängigen Rechtsstreit betreffen, können entweder bei diesem Gerichte oder beim Notar errichtet werden. Die Zuständigkeit der Gerichte ist hier nicht ausgeschlossen, selbst wenn der Vergleich ein dingliches Recht zum Gegenstande hat, vorausgesetzt nur, daß der Rechtsstreit bei Gericht anhängig war.

Zur Vornahme von Versteigerungen von Grundvermögen im Zwangsverfahren ist nur der Notar zuständig.

Letztwillige Verfügungen können vor dem Notare mündlich erklärt oder schriftlich (verschlossen) hinterlegt werden. Die Gerichte sind zur Aufnahme derselben nicht zuständig.

Aus Vorstehendem ist ersichtlich, daß der Wirkungskreis der Notare ein ziemlich umfangreicher ist, er umfaßt alle Geschäfte der freiwilligen Gerichtsbarkeit, soweit nicht ein ausdrücklicher Ausnahmsfall vorliegt. Bezüglich der örtlichen Grenzen des Wirkungskreises ist zu bemerken, daß der Notar außerhalb des Bezirksgerichtssprengels — die Bezirksgerichtssprengel zählen eine Bevölkerung von 100,000 — 150,000 Seelen — in welchem er seinen Wohnsitz hat, Amtshandlungen nicht vornehmen darf; die Betheiligten dagegen können ihre Rechtsgeschäfte von jedem Notare des Königreichs nach freier Auswahl besorgen lassen.

Ist bei einem Rechtsgeschäfte der Notar selbst, dessen Aszendenten oder Deszendenten, Seitenverwandte oder Verschwägerte bis zum dritten Grade betheiligt, darf er Urkunden darüber nicht errichten.

2. Hinsichtlich der Geschäftsführung der Notare dürfte zunächst die Form der Beurkundung zur Sprache gebracht und zwischen ordentlicher und außerordentlicher (regelmäßiger und besonderer) Form unterschieden werden.

a) In der Urkunde ist ein den dritten Theil einnehmender Raum zur linken Seite frei zu lassen; besteht sie aus einzelnen Blättern oder mehreren Bogen, sind diese mit einer Schnur zu heften, welche am Ende der Urkunde mit dem Notariats-Siegel befestigt wird. Auf gleiche Weise sind die Beilagen mit der Urkunde zu verbinden.

Die Urkunde ist mit Seitenzahlen und auf jedem Blatte mit dem Namenszuge des Notars zu versehen. Dieselbe trägt eine den Inhalt

andeutende Ueberschrift, welcher zur Seite die Geschäfts=Register=Nummer beizusetzen ist.

Die Urkunde ist von den sämmtlichen Betheiligten, Zeugen, Vertrauenspersonen und dem Notare zu unterzeichnen und mit dem Notariats=Siegel zu versehen.

Wird in einer Urkunde auf eine andere Bezug genommen, so ist am Rande der älteren auf Datum und Nummer der jüngeren Urkunde zu verweisen.

Die Urkunde ist in deutscher Sprache abzufassen, muß deutlich, ohne Abkürzung geschrieben, Lücken müssen durch Striche ausgefüllt werden.

Zeitbestimmungen und Angaben von Zahlen sind — regelmäßig — mit Buchstaben zu schreiben.

Die Urkunde muß enthalten: Vor- und Zunamen und Wohnsitz des Notars, Vor= und Zunamen, Stand und Wohnort der Betheiligten, der Zeugen, Vertrauens- und Auskunftspersonen, Ort, Jahr, Monat und Tag der Verhandlung.

In der Urkunde muß bemerkt sein, ob die Betheiligten dem Notare nach Namen, Stand und Wohnort bekannt sind; sind sie ihm unbekannt, ist die Identität durch Zeugen, Auskunftspersonen oder durch andere Behelfe, wenn möglich, festzustellen und das in der Urkunde zu konstatiren.

Am Schlusse der Urkunde ist zu bemerken, daß solche den Betheiligten vorgelesen, von ihnen genehmigt und unterschrieben wurde.

In der Urkunde darf nichts radirt, überschrieben, durchstrichen oder zwischen den Linien eingeschaltet werden. Sind Durchstreichungen, Zusätze oder Abänderungen nothwendig, ist dieses am Rande — oder am Schlusse — zu bemerken und besonders zu unterzeichnen.

b) Eine besondere Form ist vorgeschrieben bei Errichtung letztwilliger Verfügungen, ferner wenn ein Betheiligter nicht schreiben oder nicht deutsch sprechen kann, blind, stumm, taub oder taubstumm ist. In diesen Fällen sollen nämlich zwei Zeugen — bei Betheiligung eines Taubstummen noch Vertrauenspersonen, welche der Zeichensprache des Taubstummen kundig sind, beigezogen werden, welche Zeugen und Vertrauenspersonen bei der ganzen Verhandlung anwesend sein müssen. In dem Falle blos, wenn ein Betheiligter nicht schreiben kann, genügt es, daß die Zeugen nur beim Vorlesen der Urkunden anwesend sind.

Jeder Notar führt ein Register, in welchem alle Urkunden in chronologischer Ordnung mit fortlaufenden Nummern unter Angabe des

Datums der Urkunde, der Natur des Rechtsgeschäftes und Benennung der Betheiligten einzutragen sind.

Dieses Register wird am Schlusse des Jahres von dem Direktor des Bezirksgerichts abgeschlossen, welch Letzterem Abschrift davon zu ertheilen ist.

Vor dem Amtsantritte hat der Notar eine Caution zu leisten, welche für Ablieferung von Taxen, für Verurtheilungen zum Schadenersatze, Strafen und Kosten haftet. Dieselbe beträgt für Notare am Sitze eines Bezirksgerichts 1000 fl., für die übrigen 500 fl.

III. Der dritte Titel handelt von der Belohnung der Notare und den Notariatstaxen.

Die Notare beziehen keine Besoldung aus der Staatskasse, sondern lediglich Gebühren von den Partheien, welche ihre Amtsthätigkeit in Anspruch nehmen. Die Notariatsgebühren werden im Verordnungswege festgesetzt. Die Notare erheben zugleich die Taxen aus den beurkundeten Rechtsgeschäften für den Staat und liefern solche monatlich an die k. Rentämter ab. Die Frage über richtige Bewerthung der Tax- und Stempelgefälle ist der Entscheidung der Kreisfinanzbehörde vorbehalten, welche deshalb die desfallsige notarielle Thätigkeit zeitweilig durch Absendung eines Commissärs auf dem Amtszimmer des Notars einer Prüfung unterziehen läßt.

Auf jeder Urkunde ist der Ansatz an Staatstaxen, Stempeln und Gebühren zu verzeichnen. Staatstaxen und Stempel sind in ein besonderes Register unter fortlaufenden Nummern in chronologischer Ordnung unter Bezeichnung der Natur des Rechtsgeschäftes und unter Benennung des Taxpflichtigen einzutragen. Dieses Register wird mit den Taxen monatlich an das k. Rentamt abgeliefert. Taxen, die an den Notar nicht entrichtet wurden, werden von den Rentämtern erhoben, zu viel erhobene zurückvergütet.

Ein Notar, welcher eine höhere als die vorschriftsmäßige Gebühr ansetzt, hat das zu viel Erhobene zurück zu erstatten und wird, — wenn nicht bloßer Irrthum oder unrichtige Auffassung der Gebühren-Ordnung vorliegt, um den vierfachen Betrag des zu viel Erhobenen bestraft.

Die Strafe der Suspension vom Amte auf die Dauer von drei bis sechs Monaten und der Dienstentlassung im Wiederholungsfalle trifft den Notar, welcher eine höhere Gebühr erhebt, als auf der Urkunde angesetzt ist.

IV. Der vierte Titel enthält die Bestimmungen über die Ausübung der Disziplinargewalt über die Notare. Es sind, abgesehen von

besonderen im Gesetze an einzelnen Orten angedrohten Strafen, zwei Strafarten aufgestellt:

a) Ordnungsstrafen, bestehend in Verweis und Geldstrafen unter fünf Gulden;
b) Disziplinarstrafen, bestehend in Geldstrafen von fünf bis zu hundert Gulden, in Suspension, nicht unter einem Monat und nicht über ein Jahr, und in Entlassung.

Mit Ordnungsstrafen werden beahndet Zuwiderhandlungen gegen solche Vorschriften des Notariats-Gesetzes, welche lediglich die Förmlichkeit der Beurkundung und Geschäftsführung betreffen und deren Außerachtlassung eine gänzliche oder theilweise Nichtigkeit des Notariats-Aktes nicht zur Folge hat. Andere Zuwiderhandlungen werden mit Disziplinarstrafen belegt. Auch außerdienstliche, die Ehre und Würde des Standes gefährdende Handlungen können mit Disziplinarstrafen belegt werden.

Nach mehrfach verhängten Disziplinarstrafen kann auf Suspension und Entlassung erkannt werden oder aus administrativen Erwägungen eine Versetzung stattfinden.

Das zuständige Gericht zur Ausübung der Disziplinargewalt ist das Bezirksgericht; gegen dessen Urtheile findet Berufung an das Appellationsgericht, gegen Aussprüche des Letzteren Nichtigkeitsbeschwerde zum obersten Gerichtshofe statt.

Die Geldstrafen fließen dem Pensionsvereine für die Hinterbliebenen der Notare zu.

Die Ueberwachung des Notariats-Wesens liegt den an den Bezirksgerichten angestellten Staatsanwälten ob. Dieselben sind berechtigt, zu jeder Zeit von den Urkunden und Geschäftsbüchern der Notare des Bezirksgerichtssprengels Einsicht zu nehmen und durch Verordnung verpflichtet, bei jedem Notare alle zwei Jahre diese gesetzliche Befugniß auszuüben.

Wahrnehmungen, die zu einer Einschreitung gegen den Notar Anlaß geben, haben sie zur Kenntniß des Bezirksgerichts zu bringen. Ueberdies ist jede Behörde verpflichtet, die in ihrem amtlichen Wirkungskreise wahrgenommenen Dienstwidrigkeiten eines Notars dem Staatsanwalte mitzutheilen. Die Strafbarkeit der Disziplinarüberschreitungen erlischt durch Verjährung, wenn innerhalb zwei Jahre von dem Zeitpunkte der zur Einschreitung Anlaß gebenden Handlungen jene nicht eingetreten ist, oder im eingeleiteten Verfahren eine Unterbrechung von zwei Jahren stattgefunden hat.

In jedem Appellationsgerichtssprengel besteht eine aus acht Notaren des Sprengels gebildete Notariatskammer, welcher die Vertretung des

Standes in Bezug auf innere Angelegenheiten, die Erstattung von Gutachten an den Oberstaatsanwalt und die Vermittlung dienstlicher Streitigkeiten unter den Notaren übertragen ist.

Aus dem fünften Titel ist nur die Bestimmung hervorzuheben, daß der Staat den Betheiligten für den Schaden, welcher ihnen durch gesetzwidrige Handlungen oder Unterlassungen des Notars erwachsen ist, nur dann haftet, wenn der Notar im Auftrage des Gerichts sein Amt auszuüben hatte, und daß die Geschäftsordnung der Notare durch Regierungsverordnung geregelt werden soll.

§. 3.

Während wir im Vorstehenden die Geburtswehen, unter denen das Notariatsgesetz zur Welt kam, und die Hauptbestimmungen desselben verzeichneten, wollen wir im Nachstehenden das Institut auf dessen ersten Lebensgang begleiten und von seinen Schicksalen Kenntniß nehmen.

Die Anstellung der Notare erfolgte mittelst Entschließung d. d. Nizza 21. April 1862.

Die Zahl derselben betrug für die sieben diesrheinischen Kreise mit einer Seelenzahl von etwas über 4 Millionen 263. Dieselben waren genommen aus der Zahl der Richter, Advokaten und älteren Staatsdienstaspiranten, bildeten sohin ein Personal, von dem gehofft werden durfte, daß es, wenn überhaupt im Institut Lebensfähigkeit lag, dessen wohlthätige Wirkungen bald zu Tage fördern werde.

Es sollte nicht so scheinen.

Mit Einführung des Notariats wurde das vorher bestandene Verbot der Gutszertrümmerungen aufgehoben, dem Verkehr diese Fessel abgenommen und der Speculation auf diesem Gebiete freies Feld eröffnet. Sie warf sich mit um so größerer Hast auf solches, als das Verbot der Zertrümmerung ziemlich lange bestanden hatte.

Folge hiervon war, daß zahlreiche Gutszertrümmerungen, namentlich in Schwaben und den altbayerischen Provinzen vorgenommen wurden.

Da die desfallsigen Verträge notarieller Beurkundung bedurften, war unausbleiblich, daß die Thätigkeit der Notare vielfach in Anspruch genommen wurde und das Einkommen mancher eine von der Staatsregierung nicht beabsichtigte Höhe erreichte.

Die Zahl der Bewerber um Notariatsstellen bei deren erster Besetzung betrug etwa 1000; mehr denn 700 Gesuche mußten sohin unberücksichtigt bleiben.

Allen jenen, die sich hiebei in ihren Hoffnungen getäuscht fanden,

ot diese unzukömmliche Höhe des Einkommens einzelner Notare will-
ommenen Anlaß, ihrem Schmerz dadurch Luft zu machen, daß sie in
er Tagespresse ihren Zorn ausgossen und das Notariat als das den
Säckel des Volkes über alle Gebühr in Anspruch nehmende Institut
darstellten.

Zugleich wurde hervorgehoben und geltend gemacht, daß das Institut die Rechtssicherheit, die man von ihm erwartete, durchaus nicht biete und nicht bieten könne, jenes, weil die Notare bei Ausübung ihres Amtes den erforderlichen Fleiß und die nothwendige Sorgsamkeit nicht anwendeten, vielmehr vieles ihren Schreibern überließen, dieses weil den Notaren die Hypothekenbücher nicht zur Hand seien, sie von deren Inhalte keine Kenntniß nähmen, was zur Folge habe, daß die Verträge nicht selten mit dem Inhalte der Hypothekenbücher im Widerspruche ständen und die Betheiligten hiedurch Nachtheil erlitten.

So fand das Notariat eine erbitterte Bekämpfung und maßlose Verdächtigung. Man suchte diesen Klagen von zwei Seiten abzuhelfen.

Das Justizministerium suchte Abhülfe dadurch zu gewähren, daß es im Monate Mai 1863 die Notarstellen um 60 vermehrte und die Notariatsgebühren im Juli 1863 um etwa ein Drittel verminderte.

Ob dasselbe diese Schritte zu bereuen nicht schon Ursache hatte, mag um so mehr ununtersucht bleiben, als ihm auch für den Fall der Reue eine Vergebung Seitens der Betroffenen nicht zu Theil wird. Gewiß ist, daß damit dem Institute zwei Schläge versetzt wurden, deren Wirkungen bis an die Wurzel hinzitterten ohne der Gesammtheit einen entsprechenden Vortheil oder die gewünschte Erleichterung zu verschaffen.

Das Justizministerium schien bei den bezeichneten Aenderungen von der Voraussetzung auszugehen, daß die Anforderungen an die Amtsthätigkeit der Notare für die Zukunft, wenn auch nicht ganz, doch ziemlich die gleichen bleiben würden. Und hierin lag ein arger Irrthum. Die Gutszertrümmerungen konnten nicht ins Unendliche fortgehen, nahmen sogar bald ein Ende, die vor der Organisation im Jahre 1862 von den Gerichten etwa zurückgestellten Arbeiten auf dem Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit waren bald erledigt; es trat ein normales Verhältniß ein, welches zeigte, daß den Notaren noch Zeit genug erübrigte, um mit Muße und Gründlichkeit Geschäfte zu erledigen und daß die Vermehrung der Notare im Jahre 1863 umsomehr theilweise ein Mißgriff war, als das Publikum hieran nicht das geringste Interesse hatte, indem es diesem gleichgültig ist, ob an einem Orte vier

oder sechs Notare sich befinden, wenn nur — wie es auch der Fall war, — die Geschäfte rasch und gründlich erledigt werden.

Ferner machte das Justizministerium den Notaren zur besonderen Pflicht, bei Verlautbarung von Verträgen über Grundbesitzungen und bei Errichtung von Hypothekenbriefen, wenn irgend möglich, von den Hypothekenbüchern Einsicht zu nehmen, von den Einträgen in solchen den Betheiligten Mittheilung zu machen und dies in der Notariatsurkunde zu konstatiren.

Seitens der Gerichte wurde den in der Presse laut gewordenen Klagen über das Notariat dadurch Abhülfe zu gewähren gesucht, daß die Disziplinarstrafbestimmungen auf das Strengste gehandhabt wurden. Namentlich erfuhren diese Bestimmungen Seitens des obersten Gerichtshofes eine Auslegung, die an Härte streifte.

Und gleichwohl verstummten die Klagen über das Notariat in der Presse sowohl als bei einzelnen Landrathsverhandlungen nicht, bis ihnen in ersterer wieder entgegengehalten wurde, daß diese Klagen meistens von Personen ausgingen, die dem Institute ihren Zorn deshalb zuwendeten, weil dessen Einführung für sie eine Einbuße an ihrer früheren amtlichen Autorität oder materielle Nachtheile zur Folge hatte oder weil nicht sie, sondern Andere es seien, welche die Notariatsgebühren percipirten, und bis endlich 1867 der Justizminister und hervorragende Abgeordnete bei einer Landtagssitzung auf das Bestimmteste erklärten, daß das Notariat die in solches gesetzten Hoffnungen erfülle, die Notare zum Theil mit Auszeichnung die ihnen gewordene Aufgabe lösen und daß, wenn Schäden und Mängel gleichwohl zu Tage träten, daran nicht das Notariat, sondern die Gesetzgebung, die frühere und zum Theil noch die jetzige, Schuld trage.

§. 4.

Um nun den Lesern dieser Zeitschrift noch einen Begriff von den Wirkungen des Notariats-Gesetzes zu geben, und ein Urtheil über den Werth des Notariats-Institutes zu ermöglichen, dürften einige Mittheilungen über die früheren Verhältnisse und den dermaligen Zustand am Platze sein.

Vor Einführung der Gerichts-Organisation, der Trennung der Administration von der Justiz, lag die Verwaltung, die streitige und freiwillige Gerichtsbarkeit und Strafpolizei in den Händen der Stadt- und Landgerichte. Die Sprengel dieser Landgerichte zählten durchschnittlich etwa 15000 Seelen. Diese waren besetzt mit einem Amtsvorstande und zwei Assessoren.

Es leidet keinen Zweifel, daß diese Beamten mit Arbeit belastet waren und daß, weil wegen Mangels der Arbeitstheilung von Allen Leistungen auf den verschiedenen Gebieten verlangt wurden, selten etwas Tüchtiges zum Vorschein kommen konnte; es siechte die Justiz und krankte die Verwaltung.

Die freiwillige Gerichtsbarkeit insbesondere litt am Meisten. Es kam dies daher, daß die Geschäfte derselben fast allenthalben routinirten Schreibern überlassen waren, weil die Thätigkeit der Richter anderen, mehr das juristische Urtheil in Anspruch nehmenden Arbeiten gewidmet werden mußte. Bei den meisten dieser Schreiber war wahrzunehmen ein barsches, hochfahrendes, herrschsüchtiges Benehmen gegen die Gerichtsuntergebenen, bei manchen noch dazu Unlauterkeit des Charakters.

Um die Arbeiten fördern zu können, war eine Zeiteintheilung erforderlich und diese führte zu den sogenannten Gerichtstagen, d. h. bestimmten Wochentagen, an welchen die Gerichtsangehörigen bezüglich ihrer Rechtsangelegenheiten Anfragen stellen, Termine sich erbitten, Verhandlungen pflegen konnten.

Sind schon auf dem Gebiete der streitigen Rechtspflege zu lange Fristen häufig nachtheilig, so leiden die Angelegenheiten in der freiwilligen Rechtspflege ohne empfindliche materielle Schädigung gar keine Verzögerung. Wer dringend Geld bedarf, kann durch schnelle Verlautbarung eines Verkaufvertrages, durch rasche Hypothekbestellung Verlegenheiten und Nachtheile von sich abwenden; bei irgend einer Verzögerung treffen ihn dieselben.

Bei der Vielartigkeit der Arbeiten, bei der geringen Zahl der Richter an den einzelnen Gerichten konnte diesen Anforderungen nicht sofort entsprochen werden und es kam nicht selten vor, daß Termine zur Bestellung, Cession einer Hypothek auf 5 bis 6 Wochen hinaus anberaumt wurden.

Inzwischen liefen dem Schuldner, wenn nicht vielleicht gar der Zwangsverkauf seiner Besitzungen beschlossen und vorgenommen wurde, mindestens doppelte Zinsen, für den seitherigen und künftigen Gläubiger — und wenn am festgesetzten Termine die betheiligten Personen bei Gericht erschienen waren, durften sie oft wieder unverrichteter Dinge nach Hause gehen, weil ihnen Niemand gesagt, welche Behelfe, Papiere, Mitbetheiligte zur Stelle zu bringen seien und es deshalb an dem einen oder anderen fehlte. Um einen zweiten möglichst nahen Termin zu erwirken, dazu waren manchmal klingende Bitten erforderlich. Hierzu kam noch andererseits, daß alle Verträge über eine Schablone gefertigt waren, kaum das Erforderlichste — Leistung und Gegenleistung —, eine

genauere Fixirung der beiderseitigen Rechtsverhältnisse fast nie erhielten.

Diesem Zustande gegenüber bezeichneten die Motive zum Notariatsgesetze den Zweck desselben im Entwurfe vom Jahre 1851 in folgender Weise:

„Das Notariatsgesetz bezweckt, die Klagen über die Art, wie bisher die Gegenstände der nicht streitigen Rechtspflege durch die Gerichte behandelt wurden, zu beseitigen, den Geschäftskreis der Gerichte nach den Grundlagen der Gesetzgebung über die Gerichtsorganisation zu begrenzen, hiedurch aber nicht blos die streitige Rechtspflege zu fördern, sondern auch den bei Rechtsgeschäften Betheiligten die Möglichkeit zu verschaffen, bei öffentlichen Beamten, jedoch immerhin nach der Wahl ihres Vertrauens, sich Rath und Belehrung behufs der Eingehung von Rechtsgeschäften zu erholen und zugleich über dieselben öffentliche Urkunden zu erhalten."

„Soll aber das Notariatsinstitut seinen Zweck vollkommen erreichen, so muß den Notariatsurkunden die Vollziehbarkeitsklausel beigefügt werden können, kraft welcher sie die Eigenschaft eines rechtskräftigen Erkenntnisses erhalten."

„Diese Vollziehbarkeitsklausel ist sowohl für den einzelnen Betheiligten, als für Kredit, Handel und Verkehr von der höchsten Bedeutung."

„Wenn bisher derjenige, der sich zum Beweise seines wohlgegründeten Rechtes auf eine öffentliche Urkunde berufen konnte, demungeachtet nicht selten den Unannehmlichkeiten eines langwierigen Rechtsstreites sich unterziehen mußte, um oft erst nach Jahren seinen klaren Anspruch verwirklicht zu sehen, wenn hiedurch der Credit nothwendig gemindert, Handel und Verkehr gestört, dagegen Prozeßsucht und Chikane sehr gefördert wurde: so werden fast alle diese Mißstände mit der Vollstreckbarkeitsklausel der Notariatsurkunden verschwinden und zugleich leichtsinniges Eingehen von Verbindlichkeiten, welches bis jetzt zwar den oft ferne gerückten, aber doch sichern Untergang der Betheiligten herbeiführte, um so mehr verhindern, als die Vollziehbarkeitsklausel, welche alle Aufzüglichkeiten möglichst beseitigt, dem leichtsinnigen Contrahenten die Augen über das Gefahrvolle seines Benehmens am sichersten zu öffnen geeigenschaftet ist."

Aus diesen Rücksichten hat der Entwurf die Vollziehbarkeitsklausel der Notariatsurkunden angenommen." —

Die Frage nun, ob dieser Zweck des Gesetzes erreicht worden sei, können wir unbedingt bejahend beantworten.

Daß auch diesem Institute noch Mängel und Schwächen ankleben, sowohl im Gesetze als in der Ausführung liegen, ist selbstverständlich, es ist eben eine menschliche Anstalt. Allein sehen wir solches im Leben wirken.

An einer anderen Stelle*) haben wir als Erfordernisse eines guten Notariats bezeichnet, daß die Rechtsangelegenheiten des Publikums möglichst gründlich, möglichst rasch, und möglichst wenig kostspielig besorgt werden.

Diesen drei Anforderungen entspricht das bayrische Notariat in einem Grade, wie es kaum mehr möglich ist.

Die beiden Haupthebel, dieses zu ermöglichen, hat das Notariatsgesetz dadurch geschaffen, daß es bestimmte, nur der könne als Notar angestellt werden, welcher die Prüfung für den Justizstaatsdienst mit Erfolg bestanden, und daß es die Wahl des Notars zur Vornahme eines Geschäftes den Betheiligten überließ und sie hierbei nicht einmal an die Notare des Bezirksgerichtssprengels, in welchem sie wohnen, oder der Gegenstand der Beurkundung liegt, band.

Es besteht sohin unter den Notaren, insbesondere an Orten, wo mehrere ihren Sitz haben, freie, ungehemmte Konkurrenz. Dadurch ist jeder Notar zum Träger seines Geschickes gemacht. Von seiner Person, wenn auch nicht immer von seinem Verdienst oder seinem Verschulden hängt es ab, wie sich ihm das dienstliche Leben gestaltet.

Ehrgefühl einerseits, Sorge um das Dasein andererseits, bestimmen und zwingen ihn, seine ganze Kraft, den ganzen Mann in die Ausübung seines Amtes zu setzen.

Nichts ist für einen Notar peinlicher als ein Rechtsstreit über ein Rechtsgeschäft, welches er beurkundet hat; nichts für ihn beschämender und demüthigender, als wenn der Rechtsstreit zur Gewißheit erhebt, daß der Notar durch Anwendung von etwas mehr Fleiß, Umsicht, Geschick solchen hätte abwenden können. Nichts kann aber auch in materieller Beziehung für den Notar nachtheiliger wirken, als wenn sich das Urtheil dahin bildet, daß es ihm anheimgegeben gewesen wäre, einen zwischen den Betheiligten entstandenen Rechtsstreit zu verhüten. Selbst Klagen der Betheiligten, daß sie bei Eingehung eines Rechtsgeschäftes diese oder jene Wirkung und Tragweite desselben nicht gekannt, diese oder jene Möglichkeit nicht geahnt und sich so zu handeln, wie es geschehen, nicht herbeigelassen hätten, wenn sie vom Notare auf

*) Zeitschr. des Anwalts-Vereins für Bayern. Bd. IV, S. 105 ff.

die möglichen Folgen aufmerksam gemacht, darüber belehrt worden wären, wirken für das Ansehen, den Ruf und die materielle Existenz des Notars nachtheilig.

Der disciplinären Einschreitungen und Fälle eigener Haftung für Nachtheile, die den Betheiligten aus seinem Verschulden erwachsen sind, nicht zu gedenken, bestehen Anspornungen genug für den Notar, bei jedem Falle mit aller Umsicht zu verfahren.

Es sind dieses gewiß Momente genug, welche die Annahme rechtfertigen, daß die Notare die Angelegenheiten des Publikums mit möglichster Gründlichkeit behandeln. Daß ihnen die Fähigkeit innewohnt, die gegebenen Verhältnisse rechtlich zu konstruiren, das Thatsächliche unter die einschlägigen Gesetze zu subsumiren, die rechtlichen Consequenzen zu ziehen und nach allen Richtungen hin die Betheiligten dahin zu belehren: dieses zu vermuthen zwingt die juristische Bildung und praktische Uebung. Somit wäre die Annahme begründet, daß die Angelegenheiten des Publikums mit möglichster Gründlichkeit besorgt werden; eine Klage über das Gegentheil ist unseres Wissens Seitens der Gerichte noch nicht erhoben worden; vielmehr findet sich diese Annahme noch bestätigt in der obengedachten Aeußerung des Justizministers und mehrerer Abgeordneter bei den Landtagsverhandlungen.

In Beziehung auf die Zeit, welche der Besorgung der Geschäfte durch den Notar Seitens des Publikums gewidmet werden muß, würde es genügen zu erwähnen, daß in dieser Richtung niemals, selbst nicht zu der Zeit, als das Notariats-Institut am heftigsten angegriffen wurde, eine Klage laut geworden ist. Die Betheiligten bringen nämlich an Zeit kein größeres Opfer, als eben absolut unumgänglich nothwendig ist, d. h. als die Errichtung der Urkunde in Anspruch nimmt. Eine Zeittheilung in der Art, daß nur an gewissen Wochentagen gewisse Geschäfte vorgenommen werden, ist bei den Notaren nicht zuläßig; während der gewöhnlichen Arbeitszeit sind dieselben vielmehr stets dienstbereit für das Publikum, so daß dessen Rechtsangelegenheiten zu jeder Zeit befördert und besorgt werden. In Folge des mehrjährigen Bestehens des Notariats-Instituts und des Umstandes, daß die Notare zu jeder Zeit Jedem bereitwilligste Aufklärung über Rechts- und Amtsverhältnisse ertheilen, ist den Betheiligten nicht mehr unbekannt, welche Behelfe, Zeugnisse, Dokumente bei Besorgung ihrer Angelegenheiten vor dem Notare zur Hand sein müssen; mit diesen versehen, begeben sie sich zu demselben und es wäre ein seltenes Ereigniß, müßten sie unverrichteter Sache wieder zurückkehren. Mangelt es hie und da an

diesem oder jenem Behelfe, sucht sich der Notar, wenn möglich, solchen beim Hypothekenamte, Rentamte oder Gerichte selbst zu verschaffen. Auf diese Weise geschieht es, daß den Betheiligten nicht mehr als ein Gang nothwendig wird, um zum Ziele zu gelangen. — Bezüglich des Punktes der raschen Besorgung der Rechtsangelegenheiten des Publikums erübrigt kein Wunsch.

Weniger leicht dürfte es scheinen, die Wünsche der Betroffenen bezüglich des Kostenpunktes zu befriedigen.

Im Vergleiche zu der Zeit vor Einführung des Notariats sind nämlich außer den Staats-Taxen und Stempeln noch die Notariatsgebühren zu entrichten.

Diese Gebühren sind entweder nach dem Zeitaufwande des Notars — für die Stunde einen Gulden — oder procentabel nach dem Werthsgegenstande oder innerhalb einer beweglichen Skala z. B. von 2—20 fl. — wobei Zeitaufwand und Vermögen der Pflichtigen als maßgebende Faktoren angesehen werden — bemessen. Wie hoch das Einkommen eines Notars in Bayern überhaupt sei, ist dem Einsender nicht bekannt, für den Regierungsbezirk, welchem er angehört, berechnet sich bezahlen auf etwa 2500 fl. Die Summe dieses Diensteinkommens hat das Publikum gegenüber der Zeit vor dem 1. Juli 1862 mehr zu bezahlen und es trifft jährlich auf jeden Einwohner der Betrag von etwa zwölf Kreuzern. Nun ist zwar richtig, daß nicht jeder Einwohner hierzu den bezeichneten Betrag leistet, daß vielmehr die Notariatsgebühren jene zu bezahlen haben, welche die Dienste des Notars in Anspruch nehmen, sohin auf Manchen mehr oder weniger oder nichts trifft.

Läßt sich nun schon nach der angegebenen, auf den Einzelnen entfallenden jährlichen Beitragsquote und nach dem Gesammt-Diensteinkommen der Notare behaupten, daß das Notariatsinstitut nicht kostspielig sei, so muß doch auch, gerade im Gegenhalte zu den Verhältnissen der früheren Zeit betont werden, daß die Zahlungspflichtigen früher dreifach größere Opfer an Zeitversäumniß, Zehrungskosten und sonstigen Nachtheilen zu bringen gezwungen waren. Die früheren Klagen über die Kostspieligkeit des Instituts gingen denn auch nicht von jenen Personen aus, welche die Notariatsgebühren zu entrichten hatten, sondern von jenen, die sie nicht einnehmen konnten. Von den Zahlungspflichtigen wurde und wird in dieser Beziehung kaum eine Beschwerde laut; ihnen liegt vor Allem daran, bei freundlichem und zuvorkommendem Benehmen die Angelegenheiten rasch und gründlich erledigt zu wissen.

Deshalb geschieht es täglich, daß in Fällen, wo ein Rechtsgeschäft, wie z. B. Hypothekenlöschungsbewilligungen, entweder bei Gericht oder beim Notar beurkundet werden kann, die Betheiligten sich an Letztern wenden und die Notariatsgebühr gerne entrichten, weil sie hier schleunigste Besorgung treffen. — Mit Vorstehendem haben wir über das Zustandekommen des Notariatsgesetzes berichtet, dieses in seinen Hauptbestimmungen vorgeführt, den thatsächlichen Zustand vor dessen Einführung geschildert und von den segensvollen Wirkungen des Notariats-Institutes gesprochen. Wir könnten schließen, allein ehe wir dieses thun, wollen wir noch einer Schattenseite des bayrischen Notariates gedenken.

Es leidet keinen Zweifel, daß das Notariat wie kein anderes Institut im staatlichen Organismus wegen der häufigen Berührung der Träger dieses Instituts mit dem Volke, geeignet ist:

Sinn für Gesetzlichkeit und staatliche Ordnung hervorzurufen,

Rechtskenntniß und Intelligenz zu verbreiten,

die Ueberzeugung und das Bewußtsein von der wohlwollenden Fürsorge der Gesetzgebung für die Staatsangehörigen zu begründen, Anhänglichkeit, Liebe zum Vaterlande zu erwecken und wach zu halten.

Soll aber das Notariat dem Volke ganz und gar dienstbar sein, dieses jeden denkbaren, sittlichen und materiellen Nutzen daraus ziehen können, dann müssen jene Hindernisse beseitigt werden, welche bisher das bayrische Taxgesetz vom 28. Mai 1852 dem vortheilhaften Wirken des Notariats entgegengestellt hat. Dieses Gesetz beansprucht nämlich bei Beurkundung eines Vertrages von jedem Gulden des Vertragsgegenstandes einen halben Kreuzer als Taxe für den Staat und überdieß von jedem Tausend des Werths-Gegenstandes zwei Gulden als Stempelgefäll.

Die nothwendige Folge hiervon ist, daß die Betheiligten bei einem Rechtsgeschäfte über solches nur dann eine notarielle Urkunde errichten lassen, wenn sie in Folge Vorschrift des Art. 14 des Not.-Ges. dazu gezwunden sind.

Sind sie über die Anwendbarkeit dieser Vorschrift auf ihr Rechtsgeschäft im Zweifel, erhalten sie vom Notare Belehrung und dahin gehenden Rath im Interesse der Taxen die notarielle Verlautbarung zu unterlassen. Folge davon ist aber, daß der Staat für nicht unter Art. 14. des Not.-Ges. fallende Verträge gar keine Taxe bezieht — während, wenn er sich mit einer geringen fixen Taxe, einem halben Gulden für jeden Akt begnügen würde, solche vielfach anfiele — und

die Betheiligten des Nutzens, ihr Rechtsverhältniß durch eine öffentliche Urkunde fixirt und sicher gestellt zu wissen, entbehren. Bisherige Versuche, eine Abänderung des Taxgesetzes in dieser Richtung zu erzielen, scheiterten an dem Widerstreben des Finanz-Ministeriums. Vielleicht wird die Zeit, die Vieles heilt und klärt, auch hier noch der richtigen Erkenntniß Eingang verschaffen und das Notariat von dieser lästigen Fessel befreien zum Wohle des Publikums und zum Nutzen des Notariats-Instituts.

XIX.

Studien zur Gewerbe-Ordnung.

I. Zur Heilkunde.

Von Herrn Referendarius Dr. Max Cohn in Breslau.

In der kurzen Zeit seit dem Inkrafttreten der deutschen Reichs-Gewerbe-Ordnung vom 21. Juli 1869 hat kein Kapitel derselben eine so reiche Litteratur hervorgerufen und gefunden, wie der von der gewerbsmäßigen Ausübung der Heilkunde handelnde Theil, insbesondere der §. 29 des Gesetzes. Darunter befindet sich allerdings meines Wissens keine einzige wissenschaftliche Arbeit, wie ja über das Reichsgesetz wissenschaftlich so gut, wie fast gar nicht, traktirt worden ist. Dagegen liegen eine große Reihe von Erkenntnissen dritter Instanz vor, die, soweit ich sie übersehen kann, sämmtlich von dem preußischen Ober-Tribunale herrühren, sowie eine Anzahl instruktioneller und deklaratorischer Verfügungen und Erlasse der Reichs- oder Landesorgane.[1])

Diese Erscheinung kann man wohl nicht lediglich mit der Erheblichkeit des Gegenstandes erklären; denn wenn auch diese unzweifelhaft ist, so erscheint es andererseits ebenso augenfällig, daß eine sehr große Zahl von Vorschriften der Gewerbe-Ordnung — ich erinnere nur an den §. 33, betreffend den Betrieb von Gastwirthschaft, Schankwirthschaft ꝛc., sowie an den Titel III, der von dem Gewerbebetrieb im Umherziehen handelt — in praxi ungleich häufiger Anwendung finden und daher an sich zu häufigen Entscheidungen und Verfügungen Anlaß geben muß. Auch der fernere Umstand, daß das Reichsgewerbegesetz mit seinen Vorschriften über die gewerbsmäßige Ausübung der Heilkunde ein neues Recht geschaffen hat, erscheint zur Erklärung nicht ausreichend, da dasselbe ja von so vielen Kapiteln der Gewerbe-Ordnung gilt.

---

[1]) Vergl. die Ausgabe der deutschen Reichs-Gewerbe-Ordnung vom 21. Juni 1869 von Rudolph Pannenberg. Berlin 1872. Zu dem §. 29 Seite 14—16 und an den dort citirten Stellen.

Man wird vielmehr den Grund in der Mangelhaftigkeit und Zweideutigkeit der gesetzgeberischen Bestimmungen zu suchen haben. Denn einigermaßen muß man ja das Schiller'sche Wort von den guten Frauen und den guten Staaten auch auf die guten Gesetze übertragen, und unter diesen im Gegensatz zu den schlechten Gesetzen solche verstehen, die, da sie klar und unzweideutig sind, auch am seltensten Gelegenheit geben, in Präjudizien, Plenarbeschlüssen, Verfügungen oder Instruktionen von sich reden zu machen.

Die Bestätigung der ausgesprochenen Ansicht wird sich ergeben, wenn im Folgenden versucht wird, die Vorschriften des Gesetzes über den gewerbsmäßigen Betrieb der Heilkunde einer Kritik zu unterziehen. Dabei wird nicht darauf abgesehen, zu den betreffenden Paragraphen einen Kommentar zu geben: ein übrigens kaum ausführbares Beginnen, da es nicht angängig und ersprießlich ist, aus einem artikulirten Gesetze eine einzelne Vorschrift herausgreifen und kommentiren zu wollen. Es werden vielmehr lediglich, soweit sich Bedenken und Erwägungen ergeben, diese mitgetheilt und diskutirt werden: ein Verfahren, womit wohl auch die im Folgenden hervortretende, so zu sagen atomistische Art der Behandlung entschuldigt werden möchte.

Von Interesse und Wichtigkeit erscheint hierbei vor allem die Geschichte der Vorschriften über die Ausübung der Heilkunde, wobei wir gleichzeitig einen Blick auf die parlamentarische Genesis des Reichsgesetzes überhaupt zu werfen haben werden. Bekanntlich wurde bereits in der Session 1868 dem Reichstage des norddeutschen Bundes der Entwurf einer Gewerbe-Ordnung nebst Motiven vorgelegt.[2] Dies geschah indeß so spät, und die zur Vorberathung des Gesetzentwurfs ernannte Kommission beschäftigte sich mit der Vorlage so eingehend, daß man auf jeden Fall von einer Berathung im Plenum hätte absehen müssen; man brach darum die Berathungen in der Kommission als zur Zeit nutzlos ab und begnügte sich vorläufig mit der Emanation eines provisorischen Gesetzes dem sogenannten Nothgewerbegesetze.[3] Dieses Gesetz statuirt im §. 2 ganz allgemein, daß für den Betrieb eines Gewerbes ein Befähigungsnachweis nicht mehr erforderlich sein, und gleichzeitig speziell, daß diese Bestimmung bis auf weiteres unter andern auf die Aerzte, Apotheker, Hebeammen keine Anwendung finden dürfe. Hiernach sollte es für den

---

[2] Stenogr. Ber. der Verh. des Reichstags des Norddeutschen Bundes 1868 Bd. 1 S. 92 Bd. 2 S. 111 ff.

[3] Ges. v. 8. Juli 1868 betreffend den Betrieb der stehenden Gewerbe. B.-G.-B. 68 S. 406.

gewerbsmäßigen Betrieb der Heilkunde beim Alten bleiben und mit dem Resultat begnügen wir uns; denn die Zweifel und Fragen, zu denen das Nothgewerbegesetz in der einschlagenden Materie Anlaß geben mußte, sind heute, da die Reichs-Gewerbe-Ordnung an die Stelle getreten ist, ohne praktische Bedeutung (§. 156 d. R.-Gewerbe-O.). In der Session des Jahres 1869 wurde dem Reichstage ein neuer Entwurf der Gewerbe-Ordnung vorgelegt, dem im Allgemeinen der frühere Entwurf unter Berücksichtigung der Beschlüsse und Berathungen der 68 er Kommission zu Grunde gelegen hat.[4]) Das Gewerbe der Heilkunde ist, von redaktionellen Aenderungen abgesehen, ebenso behandelt, wie in dem Entwurfe von 1868. Zu dieser Aenderung der bezüglichen Vorschriften lag für die Regierung, resp. den Bundesrath um so weniger ein Komp[illegible] vor, als anscheinend — ich sage anscheinend, denn die Protokolle derselben sind nur metallographirt und mir bisher nicht zugänglich gewesen — die Kommission sich mit dem Inhalt derselben im Wesentlichen einverstanden erklärt hat.

Nach den Bestimmungen dieses Entwurfes sollte principaliter das Gesetz auf die Ausübung der Heilkunde nur ausnahmsweise, im Uebrigen keine Anwendung erleiden: es liege nicht in der Absicht, heißt es in den Motiven[5]), durch die Gewerbe-Ordnung in die Medizinal-Verfassung der einzelnen Bundesstaaten weiter anzugreifen, als es nothwendig sei, um für das ärztliche Gewerbe die Freizügigkeit herzustellen. Und in der That enthält der Entwurf nichts weiter, als die Einführung von Prüfung und Approbation von Bundeswegen, auf Grund deren dann der approbirte Arzt berechtigt ist, innerhalb des Bundesgebiets nach freier Wahl sein Domizil aufzuschlagen und die Heilkunde zu betreiben. Daneben gestattet der Entwurf noch Landes-Prüfungen und Approbationen zum Zwecke des Erwerbs der Berechtigung für einen einzelnen Bundesstaat und legt gleichermaßen den Landesgesetzgebungen die Befugniß bei, für ihr bezügliches Landesgebiet das ärztliche Gewerbe freizugeben. Die anderweiten Vorschriften tragen mehr den Charakter von Ausführungsbestimmungen. Bei dieser Sachlage konnte denn der Entwurf mit Recht seine Anwendbarkeit auf den Gewerbebetrieb der Aerzte lediglich als eine Ausnahme hinstellen, und ebenso richtig erscheint die Auseinandersetzung in den Motiven, daß „es nicht nur bei den Bestimmungen über die Pflichten der Aerzte, sondern auch bei den

[4]) Stenogr. Ber. der Verh. des Reichstages des Norddeutschen Bundes 1869 B. 1 S. 5 B. 3 S. 94 ff.

[5]) S. 112 unten B. 3 a. a. O.

Vorschriften über die Bestellung des Hilfspersonals für die kleinere Chirurgie und die Hebammen ꝛc. sein Bewenden habe."

Die Berathung der Gewerbe-Ordnung erfolgte nach Vorlegung des Entwurfs in den üblichen drei Lesungen. Die erste Lesung, geschäftsordnungsmäßig auf die allgemeine Diskussion und die Grundsätze des Entwurfs beschränkt und darin der General-Diskussion entsprechend, ging vorüber, ohne daß eine Stimme die Vorschriften des Gesetzentwurfes über die gewerbsmäßige Ausübung der Heilkunde der Kritik unterzogen hätte. Hierauf wurde von dem Reichstage beschlossen, den größeren Theil des Gesetzes und in diesem alle die Ausübung der Heilkunde betreffenden Bestimmungen nicht in der Kommission vorberathen zu lassen, sondern sofort im Plenum speziell zu diskutiren. Es war dies wohl das erste Mal, aber präjudizirlich für spätere Fälle, daß eine Kodifikation, in dem Umfange und von der Bedeutung, wie die Gewerbe-Ordnung, zum größeren Theil sofort durch Plenarberathung erledigt werden sollte, — meines Erachtens höchstens im Interesse des Prinzips der Oeffentlichkeit, nicht im Interesse der Sorgfältigkeit und Gründlichkeit der Verhandlungen. Es ist nicht mein Wille, die Bedeutung und den Fortschritt der Reichs-Gewerbe-Ordnung schmälern oder gar ableugnen zu wollen; aber ich wage die Behauptung und behalte mir vor, sie zu erweisen, daß diejenigen Partien des Gesetzes, denen eine Vorberathung zu Theil geworden ist, wie insbesondere der Titel über den Gewerbebetrieb im Umherziehen, vor den anderen Kapiteln vortheilhaft sich auszeichnen. Ueber den Vorzug der Kommissionsberathung vor der Plenarberathung bei einer größeren Kodifikation läßt sich kaum diskutiren. Dies wurde auch allgemein eingeräumt und für den späteren Beschluß nur der Utilitätsgesichtspunkt, das Gesetz fertig zu bringen, sowie der Umstand hervorgehoben, daß die bezüglichen Kapitel bereits in der 68er Kommission vorberathen worden seien. Was jedoch dies letztere Moment betrifft, so ist zu erwägen, daß der neue Entwurf gerade in den vorberathenen Partien erheblich von dem früheren abwich. Ferner giebt aber auch grade die Theilung des Entwurfs in Kommissions- und Plenarberathung zu gewissen Bedenken Anlaß. —

Ich habe diese Bemerkungen hier einschalten müssen, weil meines Erachtens gerade der Umstand, daß die in Rede stehenden Bestimmungen sofort im Plenum berathen sind und daher eine ausreichende Erwägung nicht gefunden haben, im Wesentlichen an den nunmehrigen Vorschriften des Gesetzes — so zu sagen — die Schuld trägt und dieselben, wenn auch nicht entschuldigt, so doch erklärt. Gleichzeitig aber

giebt uns dies zu der Erwägung Anlaß, daß wir uns bei der Interpretation hier, noch weniger als sonst, mit dem aus dem Wortlaut entnommenen Sinn des Gesetzes begnügen dürfen, vielmehr der Tendenz des Gesetzes gewissenhaft auf den Grund zu gehen, und, wenn wir diese erkannt, nicht gleich zurückzuschrecken haben, falls uns der Wortlaut zu andern Ergebnissen führt. Wenn es ferner gemeinhin für die Bankerutterklärung des Interpreten gilt, sobald er eine jede Schwierigkeit durch die Annahme von Antinomien zu heben sucht, so wird sich im vorliegenden Falle die Annahme von Widersprüchen und Unrichtigkeiten des Gesetzes schon allein durch die Form der Berathung rechtfertigen. Die Bestätigung dieser Sätze ergiebt sich noch aus Folgendem. Was nämlich speziell die Verhandlungen über die in Rede stehenden Vorschriften betrifft, so fand die zweite Lesung, wenigstens soweit sie den §. 29 betrifft, am 10. und auch am 12. April 1869 statt. Tags zuvor waren die darauf bezüglichen Amendements und Anträge vertheilt worden, unter diesen zwei gleichlautende Anträge der Abgeordneten Dr. Lör… einerseits, Runge und v. Hennig andererseits. Diese Anträge, die darauf hinauskamen, das ärztliche Gewerbe freizugeben, haben demnach in dem Gesetze Aufnahme gefunden. Bei der Berathung erklärten sich fast sämmtliche Redner mit den qu. Vorschlägen einverstanden; man betonte allgemein und mit großer Energie den sozialen Fortschritt der in Vorschlag gebrachten Bestimmungen; darüber wurde — ich möchte mir den Ausdruck erlauben — in der Eile der juristische und redaktionelle Ausbau des Gesetzes übersehen. Die vorerwähnten Anträge wurden in der zweiten Lesung angenommen — charakteristisch genug mit der Erklärung des Präsidenten des Bundes-Kanzler-Amts, daß er nicht in der Lage sei, über Amendements, welche in ihrer Tendenz eine fundamentale Aenderung der Medizinalverfassung zur Folge haben würden, zumal sie erst am Tage der Berathung oder am Tage vorher vertheilt worden seien, seine Stimme abzugeben.[6])

In der dritten Lesung wurden die früheren Beschlüsse beibehalten und lediglich redaktionelle Aenderungen getroffen. Der Präsident des Bundes-Kanzler-Amtes beschränkte sich darauf, vor Fassung der Beschlüsse auf die Tragweite derselben hinzuweisen. In der ganzen Debatte aber hatte sich nur eine Stimme gegen die Tendenz und die Redaktion der Beschlüsse zweiter Lesung ausgesprochen[7]), eine Stimme, die freilich schwer

---

[6]) Sten. Ber. 1869 B. 1 S. 302.

[7]) Vergl. die Rede des Abgeordneten Dr. v. Mühler Sten. Ber. 1869 Bd. 1 S. 328.

n das Gewicht fiel; denn man dürfte wohl einem Minister der Medizinal-Angelegenheiten Sachkenntniß und Beruf zur Entscheidung der in Rede stehenden Fragen nicht absprechen; der Redner war nämlich der Reichstags-Abgeordnete v. Mühler, derzeit preußischer Minister des Kultus und der Medizinal-Angelegenheiten in Preußen. —

Das Gesetz, resp. die Beschlüsse dritter Instanz enthalten nun die folgenden einschlägigen Bestimmungen:[8])

§. 6. Das gegenwärtige Gesetz findet keine Anwendung auf das Bergwesen ꝛc., die Ausübung der Heilkunde (vorbehaltlich die Bestimmungen in den §§. 29, 30, 53, 80 und 144). . . .

§. 29. Eine Approbation, welche auf Grund eines Nachweises der Befähigung ertheilt wird, bedürfen Apotheker und diejenigen Personen, welche sich als Aerzte (Wundärzte, Augenärzte, Geburtshelfer, Zahnärzte und Thierärzte) oder mit gleichbedeutenden Titeln bezeichnen oder Seitens des Staates oder einer Gemeinde als solche anerkannt oder mit amtlichen Funktionen betraut werden sollen. Es darf die Approbation jedoch von der vorherigen akademischen Doktorpromotion nicht abhängig gemacht werden.

. . . .

§.147. Mit Geldbuße bis zu 100 Thalern und im Unvermögensfalle mit verhältnißmäßiger Gefängnißstrafe bis zu sechs Wochen wird bestraft:

1. . . .

2. . . .

3. wer ohne hierzu approbirt zu sein, sich als Arzt, (Wundarzt, Augenarzt, Geburtshelfer, Zahnarzt, Thierarzt) bezeichnet oder sich einen ähnlichen Titel beilegt, durch den der Glauben erweckt wird, der Inhaber desselben sei eine geprüfte Medizinalperson.

Aus den Verhandlungen des Reichstages ergiebt sich nun zur Evidenz: der Gesetzgeber beabsichtigt die Ausübung der Heilkunde nicht mehr von einer Approbation abhängig zu machen, will sie vielmehr allgemein freigeben; damit wird als Konsequenz, wie durch die Aufhebung der Wuchergesetze der Wucher, so die Medizinalpfuscherei als Rechtsbegriff aufgehoben. Dagegen will der Gesetzgeber, daß lediglich approbirte Medizinalpersonen das Recht haben sollen, sich als solche zu bezeichnen, weil der Täuschung vorgebeugt werden müsse, und damit das Publikum in der Lage sei, zu wissen, ob es im einzelnen Falle mit einem approbirten Arzte oder einem ungelehrten Heilkünstler zu thun habe. Dieser Gedanke wird

[8]) Vergl. nunmehr die Novelle zur G.-O. bei Einführung derselben in Bayern.

in den Verhandlungen für und wider erörtert und liegt so klar zu Tage, daß es sich erübrigt, Beläge dafür anzugeben. Ihn aus dem Wortlaute des Gesetzes zu entnehmen, möchte indeß schwieriger sein; denn da nach §. 6 das Gesetz auf die Ausübung der Heilkunde allgemein keine Anwendung findet, so ist für die Frage nach der Berechtigung zur Ausübung der Heilkunde der §. 29 die einzige sedes materiae: dieser §. müßte nach der Vorschrift des §. 6 strikt zu interpretiren sein und sagt dann nichts anderes, als daß Diejenigen, welche sich als Aerzte ꝛc. bezeichnen wollen, einer Approbation bedürfen. Daneben würden dann die Vorschriften gegen die Medizinalpfuscherei aufrecht erhalten geblieben sein und der Betrieb derselben unter dem Titel Arzt in Realkonkurrenz hier, wie die Straf-Sanktion des §. 147 der Gewerbe-Ordnung berühren. In der That ist denn auch §. 29 in diesem Sinne verstanden worden; mit Recht hat sich indeß das Ober-Tribunal gegen diese Interpretation erklärt und ausgeführt, daß durch die Gewerbe-Ordnung die Ausübung der Heilkunde schlechtweg freigegeben sei.*) Wie strikt auch die entgegengesetzte Auffassung zu Werke gehen mag, offenbar setzt sie sich mit der Absicht des Gesetzgebers in Widerspruch.

Steht denn nun auch für uns als unzweifelhaft fest, daß die gewerbsmäßige Ausübung der Heilkunde ohne Weiteres gestattet ist, während der Betrieb mit der Bezeichnung als „Arzt“ ꝛc., — wir wollen ihn kurzweg nennen „den titulirten Gewerbebetrieb“ — eine Approbation erfordert, so erscheint doch wieder die Tragweite dieser Vorschrift zweifelhaft: es fragt sich nämlich, wieweit will das Gesetz den oben ausgesprochenen Gedanken ausgedehnt und angewendet wissen. Das Gesetz selbst nennt alle Kategorien von Aerzten; Bedenken erregt dagegen das Verhältniß der Heildiener und der Hebeammen.

Was zunächst die Heildiener betrifft, so erscheint es gewiß nicht angängig, dieselben zu den Aerzten zu rechnen; man kann ferner auch nicht sagen, daß die Bezeichnung als Heildiener ein dem Arzte „gleichbedeutender“ oder „ähnlicher Titel“ ist. Hiernach gestattet das Gesetz nicht, einen Unterschied zwischen geprüften und ungeprüften Heildienern zu machen. Die Motive selbst scheinen unter der Heilkunde auch die Verrichtungen der Heildiener einzubegreifen, was an sich wohl zweifelhaft erscheinen könnte. In dem §. 30 endlich fanden sich in dem Entwurfe neben den Hebeammen auch die Heildiener aufgezählt als Personen, die zum Gewerbebetriebe eines Prüfungs-Zeugnisses bedürfen;

*) Erkenntniß des Ober-Tribunals vom 9. Februar 1870. Entsch. Bd. 4. S. 42.

auf den Antrag des Abgeordneten Dr. Löwe sind indeß die Heildiener aus dem Gesetze eliminirt worden, sodaß von ihnen in der Gewerbe-Ordnung ausdrücklich garnicht die Rede ist.

Für alle Fälle kommen wir zu dem Resultat, daß der Gewerbebetrieb der Heildiener freigegeben ist, und der für den Betrieb des ärztlichen Gewerbes gemachte Unterschied, cum titulo — sine titulo, für das Heildienergeschäft nicht gilt. Denn wenn wir annehmen, der qu. Betrieb sei unter dem Begriff der Heilkunde nicht mit inbegriffen so fehlt überhaupt jede Beziehung zu §. 29, und da nach §. 6 das Gewerbe nicht ausgenommen und sonach dem Grundsatze des §. 1 gemäß Jedermann zum Betriebe des Gewerbes berechtigt ist, so ergiebt sich für diese Auffassung die völlige Freigebung desselben. Die Bezeichnung des Gewerbebetreibenden ist ferner, soweit ihr nicht ausnahmsweise gesetzlich eine Erheblichkeit beigelegt ist, irrelevant; es bleibt Jedermann unbenommen, sich einen Schneider zu nennen, obgleich er das Schusterhandwerk betreibt, es sei denn der Thatbestand des Betruges erfüllt, und noch viel weniger kann es nach natürlichen Grundsätzen dem Schneider verwehrt werden, sich einen Schneider zu nennen. Dasselbe gilt für den Heildiener. Ebenso kommt, wenn das Heildienergeschäft unter die Heilkunde gezählt wird, der aus den Verhandlungen gewonnene Satz, daß die Ausübung der Heilkunde, also auch des Heildienerbetriebs gestattet sei, zur Anwendung, und ebenso wenig findet sich dann in dem Gesetze selbst der Boden zu einer Unterscheidung zwischen Heildienern cum titulo et sine titulo. Aus der Streichung der Kategorie „Heildiener" folgt sogar die geflissentliche Ablehnung dieser Unterscheidung.

Im Widerspruch mit unserer Deduktion scheint wenigstens in gewisser Hinsicht die preußische Regierung in ihrem Zirkular-Erlaß vom 27. Dezember 1869 zu stehen.*) Dieselbe schließt sich zwar der Ansicht an, daß aus der Freigebung der Heilkunde im Allgemeinen auch die Freigebung des Heildienergeschäfts folge, und daher die Ausübung der kleinen Chirurgie Niemandem verwehrt werden könne; sie will jedoch das Institut der Prüfungen nicht aufgeben, aber nur in dem Sinne, daß diejenigen Personen, welche sich über ihre Befähigung ausweisen

*) Zirkular-Erlaß an die Kgl. Regierung: die Verhältnisse der Heildiener oder Chirurgen-Gehilfen betreffend, vom 27. Dezember 1869. Ministerial-Bl. für die innere Verwaltung S. 74 pro 1870, vergl. Rönne: Das Staatsrecht der preuß. Monarchie Bd. 2 Abth. 2 S. 226 n. 1, 3. Auflage, der übrigens anderer Ansicht zu sein scheint.

wollen, nach Maßgabe der bisherigen Bestimmungen geprüft werden und falls sie die Prüfung bestehen, mit einem Befähigungs-Zeugniß versehen werden sollen. Bis dahin erscheint nun alles vollkommen sachgemäß und korrekt; wenn aber der Erlaß fortfährt, daß lediglich diesen approbirten Heildienern das Recht sich als „geprüfte Heildiener“ zu bezeichnen zukomme und ihnen diese Befugniß bei Ueberschreitung der ihnen in dem Befähigungs-Zeugniß gezogenen Grenzen zu entziehen sei, so erscheinen diese Festsetzungen ebenso unberechtigt, wie der Grund unstichhaltig, mit dem dieselben gerechtfertigt werden, nämlich der Hinweis auf §. 6, der die Beziehung des Gesetzes auf die Heilkunde allgemein ausschließt. Denn nicht aus diesem unrichtigen Gesichtspunkte, sondern lediglich aus dem weiter angegebenen Grunde, daß die Gewerbe-Ordnung keine Nöthigung enthält, das Institut fallen zu lassen, rechtfertigt sich die Beibehaltung der Prüfungen; danach kann aber der Prüfung rechtlich kein Werth beigelegt werden und ebensowenig der Unterscheidung zwischen geprüften und ungeprüften Heildienern; diese Unterscheidung im Widerspruch mit der Gesetzgebung durch die Verwaltung einzuführen, ist für unstatthaft zu erachten.

Noch schwieriger und erheblicher erscheint die Frage nach der Stellung der Hebeammen, eine Kontroverse, die bereits dem Ober-Tribunal zu einer Plenar-Entscheidung Anlaß gegeben hat.[10]) Auch hier liegt die Frage, wie im vorhergehenden Falle: ist unter der Ausübung der Heilkunde das Gewerbe der Hebeammen mit inbegriffen oder nicht? und ist im ersteren Falle das Gewerbe der Hebeammen freigegeben, sowie ferner eine Scheidung von approbirten resp. geprüften und nicht approbirten Hebeammen zu statuiren? Noch hinzuzufügen ist, daß im §. 30 ganz ausdrücklich von den Hebeammen die Rede ist, nämlich:

> „Hebeammen bedürfen eines Prüfungs-Zeugnisses der nach den Landesgesetzen zuständigen Behörde.“

Die beiden Abtheilungen des Senats für Strafsachen hatten die obigen Fragen bejaht: der allgemein ausgesprochene Grundsatz der Freigebung der Heilkunde gelte insbesondere auch von der Geburtshilfe, zu der der Hebeammendienst gehöre; der §. 30 sei nur in dem Sinne aufzufassen, daß Frauenspersonen, die mit dem Titel „Hebeamme“ Geburtshilfe leisten wollen, eines Prüfungsnachweises bedürfen. Gegen diese Anschauung haben sich indeß die vereinigen Abtheilungen des Senats ausgesprochen und meines Erachtens auch mit Recht! Zwar geben

---

[10]) Plenar-Erk. des Ob.-Tribunals vom 9. Januar 1871 Entsch. Bd. 4 S. 56 vergl. auch Rönne, das Staatsr. der pr. M. Bd. 2 Abth. 2. S. 224.

die Verhandlungen des norddeutschen Reichstages zu einer Entscheidung auch nicht den geringsten Anhalt; aber die Geschichte der Entwürfe und ihrer Quellen, der preußischen Gewerbegesetze, sowie eine Reihe anderer Momente, bezüglich deren wir lediglich auf die allegirte Entscheidung zu verweisen haben, scheinen dafür zu sprechen[11]), daß eine Subsumption oder Gleichstellung der Hebeamme mit den Aerzten, resp. Geburtshelfern nicht beabsichtigt, sonach eine Scheidung zwischen titulirten und untitulirten Hebeammen nicht statuirt ist. Die Regel, daß das Gewerbe der Heilkunde freigegeben ist, findet nun in §. 30 ihre Ausnahme, indem zum Gewerbebetrieb der Hebeammen ein Prüfungs-Zeugniß gefordert wird. Andererseits ist die Bezeichnung als Hebeamme seitens einer nicht approbirten Frauensperson, sei es verbunden mit dem Betrieb des Hebeammengewerbes oder ohne diesen, rechtlich gleichgiltig.

Wir haben hiernach drei verschiedene Kombinationen gefunden und zwar:

1. für die Aerzte: der Betrieb des Gewerbes ist freigegeben, der Titel erfordert jedoch eine Approbation;
2. für die Hebammen: der Betrieb des Gewerbes ist nicht freigegeben; der Titel erfordert keine Approbation;
3. für die Heildiener: der Betrieb des Gewerbes ist freigegeben; auch erfordert der Titel keine Approbation.

Mit diesen Resultaten sind jedoch keineswegs alle Zweifel gehoben, denn wenn wir auch vermöge einer freien Interpretation des §. 29 den Satz gewonnen haben, daß die Ausübung der Heilkunde Jedermann gestattet sei, so tritt uns doch weiter die Frage entgegen: ist die Ausübung der Heilkunde ein Gewerbe im Sinne der Gewerbe-Ordnung? Finden die allgemeinen Vorschriften über den Betrieb der Gewerbe auch auf die gewerbsmäßige Ausübung der Heilkunde, soweit sie nicht einer Approbation bedarf, Anwendung? Diese Frage ist von großer Erheblichkeit: es handelt sich beispielsweise darum, ob bei Anfang des Betriebes des Medezinalgewerbes — um nicht den Ausdruck „Medizinalpfuscherei“ zu gebrauchen — die im §. 14 vorgeschriebene Anzeige an die zuständige Behörde, in Preußen die Communalbehörde zu machen und ein Versehen dagegen eine strafbare Handlung ist; sodann ob, wenn, — was sich ja recht gut denken läßt — das Gewerbe im Umherziehen betrieben wird, die Tit. III. aufgenommenen Vorschriften Anwendung finden; ob — ein freilich ferner liegender Fall — eine Anzahl Heilkünstler zu einer Innung zusammentreten kann, die danach,

[11]) Anders Rönne a. a. O.

wie §. 97 vorschreibt, schon durch Bestätigung ihrer Statuten die Rechte einer Korporation erlangt; ob endlich irgend ein Schäfer einem jungen Menschen gegenüber, der bei ihm die Kunst lernen will, des der dem Lehrherrn gesetzlich zustehenden Befugniß von dem Rechte der väterlichen Zucht Gebrauch zu machen befugt ist. Die Beantwortung dieser Fragen versteht sich keineswegs von selbst: für die Verneinung würde wiederum eine strenge Interpretation nach dem Wortlaute sprechen; indeß würde ich nach dem vermuthlichen Motiv des Gesetzgebers dieselben bejahen und sagen: man hat in dem Geschäfte der Heilkünstler kein besonderes Gewerbe schaffen wollen; die Absicht des Gesetzgebers ging vielmehr dahin, lediglich für das Gewerbe cum titulo Ausnahmevorschriften zu treffen, im übrigen das Gewerbe von den allgemeinen Vorschriften des Gesetzes nicht auszunehmen: andernfalls würde das Gewerbe der Heilkunde gewissermaßen in der Luft schweben.

Bei dieser Auffassung ergiebt sich allerdings, daß der in dem §. 6 aufgestellte Grundsatz von der Unbeziehbarkeit der Vorschriften des Gesetzes auf die gewerbsmäßige Ausübung der Heilkunde nicht haltbar ist; denn nach unserer Ansicht kann höchstens von einer Ausschließung der approbirten Aerzte die Rede sein, während die untitulirte Heilkunde den Vorschriften des Gesetzes in allem und jedem untersteht. Kommen wir hier zu der bedenklichen Annahme einer Antinomie, so erscheint diese Interpretation andererseits doch wieder in einem milderen Lichte, wenn wir die Ansicht aussprechen, daß die heutige Fassung des §. 6 lediglich auf einem redaktionellen Versehen beruht. Diese Fassung ist nämlich dem Entwurfe des Gesetzes entnommen, und hatte dort ja, wie wir gesehen haben, bei der grundsätzlichen Unbeziehbarkeit der Vorschriften des Entwurfs auf den gewerbmäßigen Betrieb der Heilkunde ihre volle Berechtigung.

In der zweiten Lesung ging nun §. 6 ohne Anstand vorüber, bis plötzlich beim §. 29 die Heilkunde im Gesetze eine fundamental verschiedene Behandlung erfuhr. Nun hätte man auch den §. 6 ändern müssen und zwar fand sich die einzige Gelegenheit hierzu — eine knappe Gelegenheit freilich, wenn man erwägt, mit welcher Hast die dritte Lesung vollzogen wurde — in der dritten Lesung: man hat indeß dabei die Tragweite der Beschlüsse des §. 29 auf den §. 6 übersehen und diesen gelassen, wie er einmal war.

Aber selbst wenn §. 6 auf den sogenannten titulirten Betrieb der Heilkunde eingeschränkt wird, erscheint die Vorschrift des Gesetzes, daß dasselbe nur in den §§. 29, 30, 53, 80, 144 Anwendung finde, Be-

denken zu rechtfertigen. Schon von anderer Seite[12]) ist darauf aufmerksam gemacht worden, daß außerdem auch die §§. 54, 40, 147 Nr. 3 auf die titulirte Ausübung der Heilkunde sich beziehen, wobei beiläufig zur Charakteristik des Gesetzes hervorgehoben wird, daß es in der Eile dem Gesetzgeber widerfahren ist, in den §. 54 und 40 fast wörtlich ein und dieselbe Bestimmung wiederkehren zu lassen. Man könnte aber den Katalog der fehlenden Paragraphen noch vermehren durch die §§. 20 und 21.

Bei einer andern Gelegenheit habe ich auszuführen versucht, daß die Gewerbe-Ordnung nicht lediglich ein die Bedingungen der Zulassung regelndes Gesetz sei, sondern daß sie auch die Bedingungen der Ausübung des Gewerbes regelt. Ich habe mich dabei im Wesentlichen auf die reformatorischen Beschlüsse des Reichstages berufen und nicht verschweigen können, daß die Motive von einer anderen Anschauung ausgehen, daß sie an einer Stelle die Gewerbe-Ordnung als ein die bloßen Bedingungen der Zulassung zum Gewerbebetrieb umfassendes Gesetz bezeichnen und zu oft wiederholten Malen den Satz aussprechen, bei der Ausübung der Gewerbe durch die dazu verstatteten Personen seien anderweite, nicht lediglich auf der sogenannten Gewerbepolizei beruhende Vorschriften der Polizei oder Landesgesetzgebung, wie vordem, zu beachten, auch wenn sie nicht in das Gesetz aufgenommen sind.[13]) Steht man nun auf dem Boden dieser Anschauung, so suche ich vergeblich nach einem Grunde, weshalb nicht auch der Gewerbebetrieb der approbirten Aerzte zu den durch die Gewerbe-Ordnung regulirten Gewerben gerechnet werden soll. Vorschriften über die Zulassung zum Gewerbebetrieb der Aerzte sind eben in §. 29 vorhanden: eine Reihe anderer Vorschriften des Gesetzes schließt sich von selbst aus, wie z. B. die über den Gewerbebetrieb im Umherziehen, da ausdrücklich Leistungen, bei denen ein höheres wissenschaftliches Interesse obwaltet, ausgenommen sind; wie die Vorschriften über die Lehrlinge und Gesellen, da der Student eben kein Lehrling und der Assistent kein Geselle ist. — Die anderweitigen Pflichten der Aerzte sind ausdrücklich neben den Vorschriften des Gesetzes conservirt: vom Standpunkte der Regierungsvorlage hätte daher konsequenter Weise in dem heutigen Gesetze der Passus „der Ausübung der Heilkunde" ꝛc. eliminirt, und diese den Vorschriften der Gewerbe-Ordnung schlechtweg unterstellt werden müssen.

[12]) Text-Ausgabe der D. R. Gew.-Ord. von Berger, Berlin 1872, die handlichste Ausgabe mit bemerkenswerthen Noten.

[13]) Vergl. Sten. B. 1869, Bd. 3, S. 110, 117, 119.

Wir haben wiederholt schon die Tendenz des Gesetzgebers dahin charakterisirt, daß der titulirte Gewerbebetrieb von einer Approbation abhängig gemacht, der untitulirte hingegen pure freigegeben werden sollte. Das Gesetz führt indeß diesen Gedanken in eigner Art aus. Danach unterscheidet es nicht zwischen dem Betrieb der Heilkunde mit der Titulatur und dem Betrieb ohne Titulatur, sondern stellt gegenüber den gewerbsmäßigen Betrieb sine titulo einerseits, und die Bezeichnung als Arzt ꝛc. andererseits. Dem entsprechend verhält sich die Strafsanktion im §. 147 Nr. 3, wo nicht der gewerbsmäßige Betrieb cum titulo, sine approbatione, sondern lediglich die Bezeichnung cum titulo, sine approbatione unter Strafe gestellt ist.

Die Erheblichkeit dieses Unterschiedes darf nicht unterschätzt werden: nach der Fassung des Paragraphen tritt vor allem die ganze Vorschrift gewissermaßen aus dem Rahmen des Gesetzes heraus; denn die unbefugte Annahme einer Titulatur, welcher Art sie sein mag, kann ja im Grunde nicht Gegenstand einer gewerbepolizeilichen Vorschrift werden und erfordert vielmehr ihre Stellung im allgemeinen Strafgesetz, wie ja in den Codifikationen des Strafrechts und so auch im Reichsstrafgesetzbuch eine entsprechende Maßnahme sich vorfindet. Diese — ich möchte sagen — Systemwidrigkeit der Vorschrift mag indeß hingehen, hat man es ja doch vielfach in den Reichstagsdebatten, mehr oder weniger verhüllt, als einen Vorzug gepriesen, daß unsere Reichsgesetze so häufig gegen das System verstoßen. Was aber schwerer wiegt, ist, daß man durch die Fassung des Gesetzes einer Reihe von Handlungen einen kriminellen Charakter beilegt, denen ein solcher nach allgemeinen Grundsätzen und vernünftigem Ermessen nicht beizulegen ist.

Der Thatbestand des Vergehens im §. 147 Nr. 3 erfordert nämlich nichts weiter denn die „Bezeichnung als Arzt" oder mit einer ähnlichen Benennung, nicht dagegen den Betrieb der Heilkunde. Es mag zugegeben werden, daß die unbefugte Bezeichnung als „Arzt" in den meisten Fällen von dem Betriebe der Heilkunde begleitet sein, und daß ferner nicht anders wohl, als in solchen Fällen die Sache zur gerichtlichen Entscheidung wegen Gewerbepolizeivergehens, wenn man es so nennen darf, kommen wird; indeß enthalten diese Erwägungen noch keine Rechtfertigung der Vorschrift, sondern führen höchstens zu dem Ergebniß, daß das Gesetz nicht gerade viel Schaden anrichten wird. Gegen unsere Ausführung läßt sich auch nicht einwenden, daß der Gesetzgeber mit der beliebten Fassung auch diejenigen Fälle treffen wollte, wo ein Heilkünstler das Geschäft noch gar nicht cum titulo ausgeübt, sondern lediglich sich der Titulatur eines Arztes bedient, um sich Kundschaft zu

verschaffen; gewiß erscheint der Heilkünstler in diesem Falle eben so strafbar, wie derjenige, welcher bereits mit der Bezeichnung „Arzt“ ꝛc. seine Kunst versucht hat. Das Bedürfniß, dem Manne den Handel zu legen, um das Publikum vor Täuschung zu bewahren, liegt, wenn man überhaupt ein solches anerkennen will, hier wie dort vor: indeß ist doch allgemein anerkannt, daß schon dann ein Betrieb und ein gewerbsmäßiger Betrieb angenommen werden kann, wenn selbst noch gar keine Einzelhandlung vorliegt, sondern lediglich die Absicht, eine Thätigkeit nach einer bestimmten Richtung fortgesetzt zu betreiben, und sich daraus Erwerb zu schaffen. Der angedeutete Fall findet daher auch bei unserer Anschauung volle Berücksichtigung. Nur nach einer Richtung hin verdient die Terminologie des §. 29 Anerkennung, insofern sie nämlich nicht die Bezeichnung beim Betriebe der Heilkunde als Gewerbe erfordert, resp. unter Strafe stellt. Es ist nämlich wohl zu unterscheiden: gewerbsmäßiger Betrieb und einfacher Betrieb. Der gewerbsmäßige Betrieb setzt die Absicht zu einer fortgesetzten Thätigkeit voraus und erfordert gleichzeitig die Absicht, sich durch den fortgesetzten Betrieb Vortheil zu verschaffen. Beide Requisite sind für den einfachen Betrieb nicht erforderlich. Wenn man aber einmal die Tendenz hatte, das Publikum zu orientiren, ob es mit einem approbirten Arzte zu thun hatte oder nicht, so war offenbar die Gewerbsmäßigkeit nicht erforderlich. Beiläufig hatte schon das preußische Recht in den Strafbestimmungen gegen die Medizinalpfuscherei von der Gewerbsmäßigkeit der Handlung abgesehen und auch den einzelnen Fall getroffen, indeß zum Thatbestande die gewinnsüchtige Absicht in dem Sinne gefordert, daß erst mit Annahme einer Belohnung das Vergehen perfekt wurde.

Die Aufzählungder Bezeichnungen im §. 29 ist nicht limitativ: das Gesetz führt speziell die Bezeichnung als „Arzt“ als eine solche auf, die eine Approbation voraussetzt; dasselbe gilt nach §. 29 von „gleichbedeutenden Titeln“. Dagegen lautet die entsprechende Strafsanktion anders, indem nur derjenige, der „sich als einen Arzt bezeichnet oder sich einen ähnlichen Titel beilegt, durch den der Glauben erweckt wird, der Inhaber desselben sei eine geprüfte Medizinalperson“, der Strafe verfällt. Da diese Strafbestimmung nichts weiter sein soll als das Komplement zu §. 29, ist eine solche Differenz des Ausdrucks gewiß nicht empfehlenswerth. Es ist indeß sogar eine Inkongruenz der Begriffe vorhanden; denn es lassen sich sehr viele dem Worte „Arzt“ gleichbedeutende Bezeichnungen denken, ohne daß vernünftiger Weise die Vermuthung Raum gewinnen kann, der Träger des Namens sei eine geprüfte Medizinalperson, wie z. B. die Bezeichnung als „Jünger des Hypokrates“. Offenbar aber hat nun der

Gesetzgeber unter dem „gleichbedeutenden Titel“ im Grunde nicht [illegible] verstehen wollen, als eine Titulatur, durch welche der Glauben [illegible] wird, der Inhaber derselben sei eine geprüfte Medizinalperson. [illegible] Bezeichnung ist zwar deutlich, aber die „geprüfte Medizinalperson“ [illegible] keine elegante Erscheinung, und überdies ist die Prüfung ein [illegible] das die Gewerbe-Ordnung dem Namen nach gar nicht kennt [illegible] Ausdruck auch nicht ungeeignet erscheint, sachlich zu Irrthümern [illegible] duziren: der Gesetzgeber meint nämlich offenbar nicht „den [illegible] der Befähigung“, der der Sache nach eine Prüfung ist, sondern [illegible] auf Grund dieses Nachweises erworbene Approbation.

Das Gesetz spricht von der Benennung „Arzt“ und ähnlichen [illegible] gleichbedeutenden „Titeln“. Ueber das Erforderniß der Aehnlichkeit [illegible] Gleichbedeutendheit später; was hingegen den Ausdruck „Titel“ [illegible] so steht dieser im Widerspruch mit unserer sonstigen Rechts[illegible] weniger mit der Sprache des öffentlichen Lebens.[14]) Nach unserem [illegible] rechte war vordem in Preußen durch §. 105 Pr. Str.-Ges.-B. [illegible] befugte Annahme von Titel, Würden oder Adelsprädikaten als [illegible] bestraft. Dieser §. ist im Wesentlichen in das neue Strafgesetz[illegible] übergegangen, nur mit dem Unterschiede, daß die Verletzung der [illegible] vorschrift nicht mehr ein Vergehen, sondern lediglich eine Uebertretung darstellt. Was nun hier den Begriff des Titels betrifft, so ist [illegible] höchsten Gerichtshof — es mag dahingestellt sein, ob in Ueberein[illegible] mung mit dem Genius unserer Sprache — entschieden worden, [illegible] darunter eine durch höhere Verleihung zu erwerbende, mit Rangstufe verbundene Benennung zu verstehen sei, der Ausdruck „Titel“ daher [illegible] Bezeichnungen aller amtlichen Stellungen, aber nicht die einer [illegible] schaftlichen gewerblichen Thätigkeit umfasse, auch wenn zu deren [illegible] übung eine amtliche Qualifikation, Approbation oder Konzession [illegible] forderlich sei.[15]) Danach falle die Bezeichnung „Arzt“ nicht unter [illegible] Begriff eines Titels; ebensowenig „Wundarzt, Thierarzt ꝛc.“, wie wieder[illegible] holt, und ausdrücklich von dem höchsten Gerichtshof ausgesprochen worden ist. Die Gewerbe-Ordnung statuirt nun: die Bezeichnung „Arzt“ und ebenso alle mit Arzt gleichbedeutenden Bezeichnungen [illegible] Titel, und bestraft den unbefugten Gebrauch des Namens als Anmaßung eines Titels. Es läßt sich dann recht wohl die Ansicht aufstellen, [illegible] das Reichsstrafgesetzbuch, resp. durch die bezügliche Vorschrift im §. 36[illegible] Nr. 8 sei der §. 147 Nr. 3 der Gew.-Ord. aufgehoben, und der [illegible]

[14]) Worauf auch Berger aufmerksam macht.

[15]) Vergl. Oppenhoff, das Strafges. für d. d. R. §. 360 Nr. 38.

zte Gebrauch des Titels „Arzt" falle nun unter §. 360 Nr. 8. Ich öchte indeß diese Konsequenz nicht ziehen, die Bezeichnung „Arzt" s „Titel" vielmehr lediglich einer laxen Ausdrucksweise zuschreiben; aber benfalls bleibt zu rügen, daß sich der Gesetzgeber von der einmal hergebrachten Terminologie ohne Noth entfernt hat.

Was nun ferner die Bezeichnung mit ähnlichen Titeln betrifft, urch die der Glauben erweckt wird, der Inhaber derselben sei eine geprüfte Medizinalperson, so giebt das Gesetz keinen Anhalt dafür, als i die Absicht einer Täuschung seitens der die Bezeichnung gebrauchenden erson erforderlich. Es genügt scheinbar lediglich die Absicht, unbefugter Weise eine der bezüglichen Bezeichnungen anzuwenden. Dasselbe gilt ir den unbefugten Gebrauch des Titels „Arzt' während aber in diesem alle der Thatbestand der vollendeten Handlung schon damit hergestellt ist, wird bei dem Gebrauch der ähnlichen Bezeichnungen auch die vollendete Täuschung des Publikums erfordert. Wenn beispielsweise ein Charlatan in einer nedizinischen Gesellschaft sich als der erste technische Direktor eines berühmten Krankenhauses bezeichnet, dabei jedoch eine so große Unkenntniß m Hospitalwesen an den Tag legt, daß die anwesenden Personen, sammt und sonders Sachverständige, bei den ersten Worten einig sind, der Redner sei ein Beutelschneide , so würde hier nicht der Thatbestand des vollendeten Vergehens vorliegen; denn erscheint die fragliche Bezeichnung als „Direktor des Hospitals" zwar auch an sich den Glauben zu erwecken geeignet, man habe es mit einer approbirten Medizinalperson zu thun, so wird doch im konkreten Falle dieser Erfolg durch die Sachverständigkeit der Zuhörer verhindert, es liegt daher höchstens ein Versuch vor.

Diese Sätze und Unterschiede erscheinen jedoch in Wahrheit unberechtigt. Es wird nämlich einmal richtiger sein, das Erforderniß des Irrthums fallen zu lassen; denn den vollendeten Irrthum festzustellen, wird im einzelnen Falle so schwierig sein, daß dadurch die Anwendung des §. vielfach erschwert werden dürfte. Der Gedanke des Gesetzgebers von dem Erfolge der Vorschrift war auch der, daß er weniger die bereits vollendete Täuschung ahnden, als künftigen Täuschungen vorbeugen wollte. Es würde daher die Tendenz des Gesetzgebers richtiger und praktischer damit wiedergegeben sein, wenn wir an die Stelle des perfekten Irrthums die Geeignetheit des Titels, den Irrthum zu erregen, substituirten. Auf diese Weise wird auch die oben angedeutete Differenz zwischen der Bezeichnung „Arzt" und den ähnlichen Titeln gehoben, die sonst beispielsweise zu der sonderbaren Konsequenz führen könnte, daß der obige

Charlatan, der sich in einem medizinischen Kreise einen „Arzt" nennt, der Strafe verfällt, während er sich bei der Bezeichnung als approbirter Doktor der Medizin höchstens des Versuches schuldig machte.

Richtiger wird ferner auch die Absicht der Irrthumserregung in den Thatbestand des Gesetzes aufzunehmen sein, um nicht Handlungen miteinzubegreifen, denen die Strafwürdigkeit ebenso, wie die Gefährlichkeit fehlt. —

Der Gesetzgeber verlangt sodann „Aehnlichkeit und Gleichbedeutendheit" des Titels.

Mit dieser Partie ist wohl auch der Vater des Paragraphen, Dr. Loewe nicht ganz einverstanden, und doch liegt meines Erachtens das Mißverhältniß weniger in der Redaktion, als in der Unrichtigkeit des gesetzgeberischen Gedankens. Hatte man sich nämlich einmal entschlossen, das Gewerbe der Heilkunde zwar freizugeben, hingegen zum Schutz des Publikums den Heilkünstlern den Gebrauch von Bezeichnungen, die auf eine Approbation hindeuten, von dieser abhängig zu machen, so blieb nichts übrig, als einmal vor allen den Ausdruck „Arzt" zu untersagen, da dieser bisher von approbirtenn Medizinalpersonen geführt worden ist. Dies konnte indeß nicht genügen; man mußte ebenso alle Bezeichnungen untersagen, die den Glauben erwecken konnten, der Inhaber derselben sei eine approbirte Person, und da man einen Katalog derselben nicht aufführen wollte und konnte, so behalf man sich nothgedrungen mit dem Begriffe der Aehnlichkeit. Damit aber gewann die Vorschrift eine sehr bedenkliche Vagheit, und dem Richter insbesondere ward eine Latitude eingeräumt, für die er nicht dankbar sein möchte; denn die Beurtheilung, ob eine Sache der andern ähnlich zu erachten ist nicht allein schwierig, sondern induzirt sehr leicht zu willkürlichen Entscheidungen. Die ganze Bedenklichkeit des Ausdruckes tritt recht schlagend in dem einen Falle hervor, den das Ober-Tribunal zu entscheiden hatte[16]): ist die Bezeichnung als „Homöopath" einer jener ähnlichen oder gleichbedeutenden Titel? Das Ober-Tribunal hat diese Frage bejaht.

Hierbei kommt auch der Fall zur Entscheidung, ob die Bezeichnung als Doktor oder Doktor der Medizin ein „ähnlicher Titel" ist. Vorweg wird daran erinnert, daß durch das Gewerbegesetz selbst im §. 29 die bis dahin, wenigstens in Preußen, obligate Doktor-Promotion der Aerzte für fakultativ erklärt und die Approbation als Arzt von dem

---

[16]) Erk. des Ober-Trib. v. 19. Oktober 1871. Goltdammer, Archiv Bd. 19, S. 824.

Doktortitel unabhängig ist. Es läßt sich daher nach heutigem Recht ganz wohl denken, daß ein approbirter Arzt unbefugtermaßen sich den Doktortitel beilegt und danach gemäß §. 360 Nr. 8 des R. Str.-Ges.-B. der Strafe verfällt. Wenn nun Doktor und Arzt rechtlich geschieden sind, so ist es doch andererseits unleugbar, daß sich die Bezeichnung „Doktor" allgemein und noch allgemeiner wie die des Arzts, als diejenige herausgebildet hat, womit man bisher die geprüften Medizinalpersonen höherer Gattung zu bezeichnen pflegte. Indem man so die Bezeichnung „Doctor" mit dem Begriffe einer approbirten Medizinalperson identifizirte, vergaß man ganz den akademischen Ursprung des Titels. Bei dieser Sachlage wird man nicht umhin können, auch den Doktortitel und insbesondere den Titel eines Doktors der Medizin als eine ähnliche Bezeichnung anzusehen und den unbefugten Gebrauch dieses Titels nach §. 147 Nr. 3 zu strafen. Dagegen kommt meines Erachtens nicht der Einwand in Betracht, der Gebrauch des Titels „Doktor" sei nicht mehr für geeignet zu erachten, einen Irrthum zu erregen, da die Approbation heutzutage von der Doktorpromotion unabhängig sei. Denn einmal darf man diese Kenntniß des Rechtszustandes nicht bei Jedermann annehmen und andererseits wird man sogar auch bei der heutigen Sachlage der Präsumtion, der Doktor der Medizin sei eine approbirte Medizinalperson, ihre Berechtigung nicht versagen können: auch heute noch und in langer Zeit wird sich jeder approbirte Arzt rite zum Doktor promoviren lassen. Hiernach würde unserer Auffassung gemäß, wer unter dem Titel eines Doktors der Medizin ohne Approbation die Heilkunde betreibt, in ideeller Konkurrenz dem Strafgesetz einmal wegen unbefugter Anmaßung des Doktortitels und wegen unbefugter Bezeichnung als „approbirter Arzt" verfallen. Dies würde meines Erachtens für heute gelten. Es kann sich mit der Zeit ändern: wenn, etwa in Jahrzehnten, die Doktorpromotion der Mediziner nicht mehr ein socialer Zwang sein, und sich das Publikum entwöhnt haben wird, den „Arzt", wie ihn das Gesetz kennt, mit dem Doktor zu identifiziren, dann wird man annehmen können, der Titel „Doktor" ist mit der Bezeichnung „Arzt" nicht ähnlich oder gleichbedeutend; ebenso wenig wie wenn die spätere Gesetzgebung etwa die Advokatur, in analoger Weise, wie den Betrieb der Heilkunde, regeln wollte, in dem Titel eines Doktor juris eine dem Advokaten ähnliche Bezeichnung gefunden werden könnte. Für den Fall freilich, daß ein promovirter Doktor der Medizin sich als solcher bezeichnet und gestützt auf diesen Titel in dem Publikum den Glauben erweckt, er sei ein geprüfter Arzt, bietet das Gesetz keine Aushilfe: schon bei der Berathung ist dieser Gesichtspunkt hervorgehoben

und erwähnt worden, daß durch die Erwerbung des Doktortitels das Gesetz umgangen werden könne.[17])

Damit sind im wesentlichen die Bedenken, die ich gegen die Redaktion des Gesetzes habe, erschöpft; bei einer Revision des Gesetzes, die wohl nicht ausbleiben wird, würde sich, wenn man an dem Gedanken des Gesetzgebers festhalten will, folgende Aenderung empfehlen:

In §. 6 ist der Passus: die Ausübung der Heilkunde (vorbehaltlich der Bestimmungen in den §§. 29, 30, 53, 80 und 144) zu streichen.

Statt §. 29 Absatz 1: Einer Approbation, welche auf Grund eines Nachweises der Befähigung ertheilt wird, bedarf beim Betriebe der Heilkunde derjenige, welcher in der Absicht, den Glauben zu erwecken, er sei mit einer Approbation versehen, eine geeignete Bezeichnung führt, (Arzt) sowie wer Seitens des Staates oder einer Gemeinde mit amtlichen Funktionen betraut werden soll.

§. 147 Nr. 3. Wenn Jemand beim Betriebe der Heilkunde in der Absicht den Glauben zu erwecken, er sei mit einer Approbation versehen, eine geeignete Bezeichnung (Arzt) führt, ohne approbirt zu sein.

Mit diesen Sätzen würde man meines Erachtens den Gedanken des Gesetzgebers in der geeignetsten Form wiedergeben. Ich räume ein, daß das Gesetz auch in dieser emendirten Fassung noch immer nicht befriedigt und ästhetisch vielleicht noch weniger befriedigt, als in der heutigen. Allein dieser Mangel hat seinen Grund, wie bereits angedeutet, in dem gesetzgeberischen Gedanken. Der Gesetzgeber hatte die Wahl zwischen einer unbedingten Approbation für den Betrieb des Gewerbes und einer völligen bedingungslosen Freigebung; für beide Alternativen ließen sich eine Menge von gewichtigen Erwägungen praktischer, wie theoretischer Natur geltend machen. Von diesen beiden Wegen schlug man keinen ein, sondern suchte nach einem Mittelwege: den Gewerbetrieb freizugeben, die Bezeichnung der Gewerbetreibenden, als Aerzte oder anderweit, von einer Approbation abhängig zu machen. Von allen den ernsten Gründen, die für die unbedingte Approbation sprachen, blieb für den eingeschlagenen Modus nur der übrig, daß es Sache des Staates sei, das Publikum von den ungelehrten Heilkünstlern zurückzuhalten, und um der Täuschung vorzubeugen, einen äußerlichen Unterschied zwischen den approbirten und den nicht approbirten Indi-

[17]) Rede des Abgeordneten Dr. v. Mühler. Sten. Ber. 1869. B. 1 S. 328.

vidnen zu statuiren. Man kann daher den Werth der Vorschrift nur nach dem Maßstabe beurtheilen: inwiefern erscheint dieselbe geeignet, den qu. Zweck des Schutzes der Gesellschaft vor Täuschungen zu erfüllen? Nach dieser Richtung, haben wir gesehen, erfüllt das Gesetz seinen Zweck nicht, denn durch Hinterthüren kann die Vorschrift unschwer umgangen und ihrer Tendenz zuwider gehandelt werden, ohne daß der Contravenient den Strafvorschriften verfällt.

Ist nun der Zweck des Gesetzes nicht erreicht, wenn nicht gar verfehlt, so geht der Gesetzgeber andererseits einen sehr bedenklichen Weg, indem er im Widerspruch mit dem Genius unserer Sprache eine neue juristische Terminologie einführt; denn der Ausdruck „Arzt" und eine Reihe ähnlicher Ausdrücke haben, so lange die deutsche Sprache geredet wird, niemals mehr bezeichnet, als ein die Heilkunde betreibendes Individuum, oder höchstens eine befugtermaßen die Heilkunde betreibende Person. Nun giebt das Gesetz dem Wort einen streng technischen, andern Sinn, die Bedeutung einer approbirten Medizinalperson im Gegensatz zu einer nicht approbirten Medizinalperson. Damit ist der Sprache Gewalt angethan und ein unnatürliches Verhältniß geschaffen, welches wohl am besten damit illustrirt wird, daß schon ein Jahr, nachdem dieser terminus technicus erfunden worden, das Strafgesetzbuch die Terminologie verließ und unter „Arzt" schlechthin ein jedes die Heilkunde betreibende Individuum verstanden wissen will.[18]) Niemandem will es recht einleuchten, daß eine Person, die Arzt *ist*, sich nicht ohne weiteres Arzt *nennen* darf; denn man betrachtet es in gewissem Maße als ein natürliches Recht, sich beim richtigen Namen zu nennen.

Alle diese Mißstände hätten vermieden werden können, wenn man mit dem Gewerbe auch die Bezeichnung freigegeben hätte. Ich glaube, eine Gefahr vor nachtheiligen Folgen wäre nicht vorhanden gewesen: hatte man nämlich einmal dem Publikum Kritik genug zugemuthet, sich in seinen Angelegenheiten aus freier Wahl nicht an den Pfuscher, sondern an den geprüften, sachverständigen Mann zu wenden, so konnte man ihm auch überlassen, den Letzteren vom Pfuscher zu unterscheiden, ohne geflissentlich durch einen äußerlichen Unterschied darauf hingewiesen zu werden. Daß beim Wegfall dieser gesetzlichen Unterscheidung eine Person, die zum Heilkünstler wollte, irrthümlich an den approbirten Arzt kommt, weil sie glaubt, er sei ein Pfuscher, ist gewiß kein Schade, wenigstens

---

[18]) Vergl. §. 209 und 300, wo wohl unter „Arzt" nicht allein die approbirte Medizinalperson zu verstehen ist.

nicht im Sinne der Tendenz des Gesetzgebers. Der Fall sodann, daß, wer zu einem Arzte will, sich zu einem Heilkünstler verläuft, wird immerhin selten sein; denn bei der verhältnißmäßig höheren Bildungsstufe, die dieser Entschluß voraussetzt, wird es in den meisten Fällen dem Publikum bald klar werden, ob es mit einem gelehrten Mediziner oder mit einem Heilkünstler zu thun hat. Die öffentliche Meinung wird übrigens hier bald aufklärend einwirken. Gegen die Fälle einer Täuschung aus Eigennutz werden die Vorschriften über den Betrug sich als ausreichend erweisen und endlich, je schwieriger im einzelnen Falle dem Publikum die Statuirung eines Unterschieds sein wird, desto weniger wird dann zumeist der Gesetzgeber Interesse haben, diesen Unterschied zu betonen; denn dieses Verhältniß würde ja umsomehr für die Tüchtigkeit des ungelehrten Mannes sprechen.

Was nun endlich den häufigsten Fall betrifft, daß wer zum Pfuscher will, auch wirklich zum Pfuscher kommt, nun — so hat das Gesetz dieses Resultat gar nicht verhindern wollen, im Gegentheil erst sanktionirt; denn, daß dies ungestraft geschehen kann, war ja die Absicht des Gesetzgebers und für diesen Fall zu sorgen, fehlt daher jede Veranlassung. —

Noch ein zweiter Ausweg, der freilich auch andererseits Schwierigkeiten mit sich führt, könnte de lege ferenda empfohlen werden. Wenn man durch äußerliche Unterscheidung der approbirten Mediziner für den Schutz des Publikums sorgen zu müssen glaubt, so gebe man ihnen nicht den Namen Arzt, sondern den Doktortitel als exclusive Bezeichnung; denn der Titel „Doktor der Medizin“ bezeichnet auch in unserm Sprachgebrauch fast ausschließlich den approbirten Arzt. Freilich können nach heutigem Recht nicht die zur Verleihung der Approbation eingesetzten Examinationskommissionen den Doktortitel verleihen, sondern lediglich die Fakultäten, und dieser Zustand ist seit lange in Preußen herrschendes Recht. Daß indeß der von uns ausgesprochene Gedanke keine abstruse Idee ist, beweist der Umstand, daß in einer Reihe deutscher Staaten, beispielsweise in Sachsen, bis zur Emanation der Gewerbe-Ordnung die Doktorpromotion zur Praxis als approbirter Arzt qualifizirte. Für eine Verschmelzung der beiden Prüfungen spricht zur Zeit auch ein ökonomischer Gesichtspunkt, daß nämlich nach der heutigen Lage der Sache neben den zur Erreichung der Approbation verwendeten Kosten die Ausgaben für den Doktortitel einen ebenso unnützen wie nothwendigen Aufwand darstellten.

Rechtssprüche.

Art. 1.

Wechselfähigkeit Minderjähriger.

1. Nach gemeinem Rech sind Minderjährige, gleichviel ob sie unter Vormundschaft stehen oder nicht, im Allgemeinen nicht fähig, sich durch Verträge zu verpflichten, daher auch nicht wechselfähig. 26. Juni 72. M. VI. 80; C. II. 65.

2. Die Gewährung der restitutio in integrum propter minorem aetatem nach gemeinem Recht setzt kein ausdrückliches Anrufen der Rechtswohlthat voraus, ist überhaupt an eine bestimmte Form des Vorbringens nicht gebunden. Eine Läsion ist allerdings erforderlich, eine solche liegt aber bei wechselmäßigen Verpflichtungen eines Minderjährigen ohne Weiteres zu Tage, da es sich hier um eine einseitige, streng formelle Verbindlichkeit zu einer Geldleistung handelt, bei welcher etwaige Gegenleistungen überall nicht in Frage kommen und die daher als solche eine reine Vermögensverminderung für den Minorennen involvirt. Daß der Wechselverpflichtete in Folge seiner Minderjährigkeit in diesen Nachtheil gerathen ist, muß so lange angenommen werden, als nicht der Wechselberechtigte das Gegentheil darthut, denn nur das der eingegangenen Wechselverbindlichkeit unterliegende materielle — Rechtsverhältniß würde diese — aus der Natur dee Sache sich ergebende Annahme zu beseitigen vermögen. 26. Juni 72. M. VI. 80; C. II. 65.

3. Die verehel. K., die einen von ihrem Ehemann acceptirten Wechsel ausgestellt und girirt hat, war zur Zeit der Ausstellung wie der Girirung noch minderjährig. Ihre Unterschrift ist mit der Genehmigung ihres Ehemannnes, nicht dagegen mit der ihres Vaters, des Lehrers Z., unter dessen Vormundschaft sie damals stand, versehen. Letzterer hat jedoch in einer am Ausstellungstage vollzogenen Notariatsurkunde ausdrücklich seine Genehmigung erklärt; streitig ist, ob diese Genehmigung vor, bei, oder nach Ausstellung resp. Girirung des Wechsels. Das O.H.Ger. hat unabhängig von dieser Frage die Verpflichtung der verehel. K. für rechtsbeständig erklärt. Die sehr eingehende Begründung läßt sich folgendermaßen resümiren: Die abweichende Entscheidung des Appellationsrichters beruht darauf, daß die gesetzlichen Erfordernisse des Wechselvertrages, somit bei Wechselerklärungen Minderjähriger auch die Genehmigung des Vaters oder Vormundes aus dem Wechsel selbst hervorgehen müssen. Dieser Grund ist unrichtig. Der (gezogene) Wechsel

braucht nur die im Art. 4 aufgeführten wesentlichen Bestandtheile aufzuweisen, dagegen braucht das Vorhandensein der Erfordernisse, welche sich auf die Wechselfähigkeit beziehen, sich nicht aus dem Wechsel zu ergeben, wie dies denn auch factisch in aller Regel nicht der Fall ist. Man kann auch nicht vom Standpunkt des Wechselprocesses aus dazu gelangen, daß, wenn die Gültigkeit der Wechselverpflichtung wegen Mangels der Wechselfähigkeit bestritten wird, nur mit und aus dem Wechsel der Beweis für die Gültigkeit erbracht werden könne. Weder die Grundsätze des gemeinrechtlichen Executivprocesses noch des (im vorliegenden Fall maßgebenden) preußischen Wechselprocesses rechtfertigen dies. Endlich ist die Ansicht des Appellationsrichters auch nicht aus den Vorschriften der W.O. zu begründen, welche die Unterschrift (des Ausstellers, Giranten, Acceptanten, Avalisten) fordern (Art. 4, Z. 5; Art. 12, 21, 81). Man könnte sagen: bedarf der Zeichnende zur Ergänzung seiner Persönlichkeit der Mitwirkung einer anderen Person, so muß die Zeichnung selbst ergänzt werden. Indeß trifft dies weder nach gemeinem noch nach preußischem Recht zu. Nach beiden Rechten sind Verpflichtungen der Minderjährigen gültig, wenn der Consens des Curators hinzukommt. Der Consens aber ist kein nothwendiger Bestandtheil des Verpflichtungsactes, sondern kann vorher wie nachher, ausdrücklich wie stillschweigend, erklärt werden. (Im gemeinen Recht wird durch diesen Consens die Restitutio in Integrum freilich nicht beseitigt.) Die früheren Wechselgesetzgebungen sowohl wie die der W.O. voraufgegangenen Entwürfe nehmen in Bezug auf die Minderjährigen sehr verschiedene Standpunkte ein. Ein Hinweis auf den Gang der Berathungen lehrt aber, daß man abgesehen von den im Art. 2 Nr. 2 und Art. 95 enthaltenen Bestimmungen lediglich die allgemeine Dispositionsfähigkeit als Maßstab für die Wechselverbindlichkeiten der Minderjährigen anzuerkennen hat. — Vier Ansichten sind auf Grund der W.O. in Betreff der Wechselfähigkeit der Minderjährigen aufgestellt worden: 1) Alle von Minderjährigen, wenngleich unter Zustimmung ihres Vormundes oder für Minderjährige durch ihren Vormund abgegebenen Wechselerklärungen sind als solche ungültig. 2) Die für Minderjährige durch ihre Vormünder abgegebenen Wechselerklärungen sind gültig, dagegen die von Minderjährigen, wenngleich unter Zustimmung ihres Vormunds abgegebenen Wechselerklärungen sind ungültig. 3) Auch die von Minderjährigen unter Zustimmung ihres Vormunds abgegebenen Wechselerklärungen sind gültig, aber nur wenn der Vormund die Wechselerklärung mit unterzeichnet. 4) Minderjährige dürfen durch ihre Vormünder und unter Mitwirkung ihrer Vormünder, ja wo dies nach bürgerlichem Recht für ihre Verträge principiell statthaft sein sollte, auch allein Wechselverpflichtungen eingehen, der Consens des Vormunds braucht nur insoweit aus dem Wechsel zu erhellen, als dies nach dem Landrecht entweder speciell für Wechselerklärungen vorgeschrieben ist oder allgemein für alle verpflichtenden Verträge Minderjähriger erfordert wird. — Diese letzte Ansicht ist die richtige. Das Preußische Recht aber stellt, wie erwähnt, ein derartiges Erforderniß nicht auf. 13 Dezbr. 71. M. IV. 55, St. V. 20. C. II. 15

4. Bekl. hat einen von ihrem Ehemann während ihrer Minderjährigkeit auf sie gezogenen Wechsel acceptirt. Es ist nicht ohne Weiteres eine dolose

Handlungsweise darin zu erblicken, daß sie nicht zugleich bei der Annahme des Wechsels ihre Handlungsunfähigkeit dargethan hat. 1. Dezember 71. M. IV. 57.

Ehefrau.

5. Im Herzogthum Westfalen sind die Grundsätze des reinen römischen Dotalrechts maßgebend geblieben, nach welchem eine Ehefrau ohne der Genehmigung des Ehemannes zu bedürfen, sich vertragsmäßig verpflichten, also auch Wechselverbindlichkeiten eingehen kann. 27. Juni 71. M. II. 90; St. II. 67; C. I. S. 36.

Art. 1. 4[5]. 21.

Wechselfähigkeit der Ehefrau. Genehmigung des Ehemannes.

6. Die Bekl. ist aus einem von ihr auf ihren Ehemann gezogenen, von diesem acceptirten Wechsel in Anspruch genommen. Ein Einwand derselben geht dahin, daß die Genehmigung ihres Ehemannes zur Wechselziehung aus dem Wechsel nicht hervorgehe. Der Appellationsrichter hat diesen Einwand verworfen, weil die Genehmigung in dem Accept ausdrücklich ausgesprochen sei. Darin soll nach der N. Beschw. eine unzulässige Vermuthung insofern liegen, als angenommen worden ist, die Frau habe den Wechsel vor ihrem Mann unterschrieben. „Diese Voraussetzung liegt der Ausführung des vor. Erkenntnisses allerdings zu Grunde, sie ist aber eine im Wechselrecht selbst begründete und deshalb keine unstatthafte und unberechtigte. Es mag im Wechselverkehr häufig vorkommen, daß Blanco-Accepte ausgestellt und zur beliebigen Ausfüllung und Unterschrift des Trassanten fortgegeben werden, als Regel läßt sich dies aber nicht annehmen. Die W.O. geht im Gegentheil davon aus, daß das Accept erst nach vollständiger Ausfüllung des Wechsels auf denselben gesetzt wird, indem sie im Art. 4 von den Erfordernissen des gezogenen Wechsels und da unter Nr. 5 von der Unterschrift des Ausstellers, aber erst im Art. 21 von der Annahme handelt. — Die Fassung eines solchen gezogenen Wechsels und auch des vorliegenden deutet darauf hin, daß das Accept erst nach der Ausstellung darauf gesetzt wird. Gilt dies aber als Regel, so kann auch dem Richter ein Vorwurf nicht gemacht werden, wenn er bei seiner rechtlichen Beurtheilung davon ausgeht". — 27. Juni 71. M. II. 9; St. III. 26.

Wechselfähigkeit. Hauskinder.

7. Der Bekl., der einen Wechsel an eigene Ordre auf seinen Vater gezogen und ihn dann weiter girirt hat, wird gegenwärtig aus demselben als Aussteller in Anspruch genommen. Dem Einwand, daß Bekl. noch in väterlicher Gewalt stehe, begegnet Klg. mit der Behauptung, daß der Vater des Bekl. den Wechselzug und die Girirung genehmigt habe. Das Kammergericht ist hierauf nicht eingegangen, „weil diese Einwilligung aus der Urkunde selbst, resp. deren Unterschrift hervorgehen müßte, da die Erfordernisse des Wechselvertrages sich aus dem Wechsel selbst ergeben müßten". Der Grundsatz ist in dieser Allgemeinheit nicht richtig. „Richtig mag es sein, daß die den Mangel der Wechselfähigkeit hebenden Gründe dann aus dem Wechsel

selbst sich ergeben müssen, wenn der Mangel selbst in demselben hervortritt". Allein wie nicht zu bezweifeln ist, daß der Wechselbekl., auch wenn dies nicht aus dem Wechsel hervorgeht, den Einwand erheben darf, daß er zur Zeit seiner Namensunterschrift nicht wechselfähig gewesen sei, so muß in solchem Fall Kläger auch berechtigt sein, den Einwand aus Gründen, welche außerhalb des Wechsels liegen, zu widerlegen; z. B. Bekl. weist nach, daß er zur Zeit der Wechselunterschrift noch minorenn war, Kläger dagegen bringt ein vormundschaftliches Attest bei, wonach Bekl. zu jener Zeit bereits veniam aetatis erlangt hatte. — So auch das Pr. Ob.-Trib. (Striethorst Bd. 10, S. 182; Entsch. Bd. 57, S. 336). — Im vorliegenden Fall, wo sich Bekl. nicht im Wechsel selbst als minorenner oder in väterlicher Gewalt stehender Sohn documentirt hatte, war Klg. berechtigt, zu erweisen, daß derselbe mit Konsens seines Vaters gehandelt habe. Der Appellationsrichter verwirft mit Unrecht die Giltigkeit dieses Konsenses aus dem Grunde, weil es sich um einen Vertrag zwischen Vater und Sohn gehandelt habe (A. L.-R. II. 18, §. 29). Ein Fall, in welchem es der Zuziehung eines Kurators bedurft hätte, liegt hier nicht vor. „Durch den auf seinen Vater gezogenen Wechsel und das Accept des letzteren erwarb Bekl. nur ein Recht gegen seinen Vater und durch sein Giro übernahm er zwar eine Verpflichtung, aber nicht gegen den Vater, sondern nur gegen den Giratar". — Hier muß in der Wechselurkunde selbst die ausdrückliche Einwilligung des Vaters in den Wechselzug und insbesondere auch in die Girirung des Sohnes gefunden werden, „da der Vater den vom Bekl. an eigene Ordre auf ihn gezogenen Wechsel acceptirte und dadurch zugleich den Bekl. zu eigenmächtiger Disposition über den Wechsel autorisirte und in den Stand setzte". Es liegt sonach ein giltig girirter Wechsel vor, aus dessen Giro Bekl. wechselmäßig verpflichtet ist. Die außerhalb des Wechsels liegende Entstehungsgeschichte desselben, auf die Bekl. zurückgegangen ist, kann hier nicht in Betracht kommen, da Bekl. daraus keine exceptio doli hergeleitet hat. 4. Apr. 71; M. II. 41; St. II. 19; C. I. 87.

Art 2. Nürnb. Nov. 1.

Exequirbarkeit der Wechselforderungen.

8. In Wechselsachen ist die Bestimmung des A. L.R. I. 20, §. 46, wonach der im Besitz des Pfandes befindliche Pfandschuldner den Gläubiger zunächst auf das Pfand verweisen kann, nicht anwendbar. — 25. Apr. 71. M. II. 52.

Art. 3 (75, 76, 81).

Selbständigkeit der Wechselansprüche. Minderjährigkeit.

9. Der Klagewechsel ist an eigene Ordre ausgestellt und vom Aussteller girirt. Derselbe war am Tage des Ausstellungsdatums noch minderjährig, es handelt sich um die Giltigkeit des undatirten Giros. Entgegen dem Appellationsrichter hat das Ob.-H.-Ger. dieselbe bejaht. „Die Identität des Ausstellungs- und Girodatums ist nicht daraus zu folgern, daß der Klagewechsel an eigene Ordre gezogen ist. Denn auch das erste Giro eines Wechsels an

eigne Ordre ist ein selbständiger Verpflichtungsact, hat somit sein eignes ausgesprochenes oder unausgesprochenes Datum und kann wirksam sein ungeachtet der Unverbindlichkeit des Ausstellungsactes wie umgekehrt. — Hatte also Bekl. am 28. Juni 70 noch als Minderjähriger den Wechsel ausgestellt, so konnte er doch sehr wohl nach erlangter Großjährigkeit (die am 1. Juli 1870 eingetreten ist) sich durch Girirung des Wechsels in gleicher Weise verpflichten wie ein dritter Remittent". — 3. Oct. 71. M. III. 37. St. III. 80; C. I. 157. Uebereinstimmend Erk. 4. Apr. 71. St. III, S. 381.

Art. 3 (75, 76).

Selbständigkeit der Wechselforderungen. Moratorien.

10. Daraus daß die W.O. die Selbständigkeit der verschiedenen durch Ziehung, Begebung und Annahme desselben Wechsels begründeten Obligationen anerkennt, folgt, daß durch die Stundung oder Prolongation, welche dem Acceptanten von einem oder einigen Indossanten gewährt ist, nicht die Dauer der Regreßpflicht der Uebrigen erweitert wird. — Dasselbe Princip entscheidet im Fall der unfreiwilligen, s. g. nothwendigen Prolongation — d. h. bei Acten der Gesetzgebung, welche in Beachtung eines öffentlichen Nothstandes, etwa eines Krieges, entweder allgemeine Moratorien oder Indulte ertheilen oder doch die Verfallzeit der Wechsel oder doch der Protestfrist hinausschieben. Eine derartige Vertagung der Wechselverfallzeit ist von allen denen anzuerkennen, welche dem prorogirenden Gesetz unterthan sind, nicht aber von den Giranten, die außerhalb dieses Gesetzes stehen; diese berufen sich mit Recht auf die stricte und formale Natur der Wechselobligation, auf die Selbständigkeit der von ihnen eingegangenen Obligationen. — Diese Sätze sind auf die französische Wechselgesetzgebung während des letzten Krieges angewendet worden. — 21. Febr. 71. M. I. 81; St. I. 72. C. I. S. 49.

Art. 4[1]. (7).

Wechselklausel.

11. Eine Urkunde, in welcher Zahlung nach Wechselrecht versprochen ist, die aber im Context nicht die Bezeichnung als Wechsel enthält, ist kein gültiger Wechsel. — 24. März 71. M. II. 34.

Mandat.

12. Wechsel im eigentlichen Sinn und mandat non acceptable sind nicht synonyme Ausdrücke. In einer nach deutschem Wechselrecht zu beurtheilenden Urkunde, die in französischer Sprache abgefaßt und dem französischen Sprach- und Handelsgebrauch accommodirt ist, kann der Ausdruck mandat nicht als der deutschen Bezeichnung Wechsel äquipollent angesehen werden. — 11. Mai 72. M. VI. 26. C. II. 56.

Art. 4[2]. .

Werthwechsel.

13. Die Clausel o. W. (oder Werth) der Wechselsumme beigefügt, macht

den Wechsel nicht ungültig. Sie bezieht sich nicht auf die Geldsumme, auch nicht etwa darauf, daß der Schuldner statt des Geldes andere Dinge leisten könne, sondern nur auf die Geldsorte. Der Schuldner kann statt der ausdrücklich im Wechsel benannten, in einer andern Geldsorte nach deren Werth zum Kurse zahlen, also z. B. 49 Thlr. 29 Sgr. 11 Pf. oder soviel Münzen (Geldsorten) anderer Art als dem Werth von 49 Thlr. 29 Sgr. 11 Pf. preuß. Courant entspricht. Eine solche Clausel ist nach der W.O. nicht unzulässig. (Weitläuftig ausgeführt.) 7. Febr. 71. M. I. 80; St. I. 41; C. I. 2.

Oder Münze nach Kurs.

14. „50 Thlr. preuß. Courant oder Münze nach Kurs" ist eine gültige Angabe der Wechselsumme. Der Zusatz bezieht sich lediglich auf die Geldsorte, in welcher die Wechselsumme zu zahlen ist und gewährt dem Schuldner die Befugniß, an Stelle derjenigen Geldsorte, in welcher die Wechselsumme ausgedrückt ist, nach seiner Wahl andere Münzsorten nach deren Kurs zur Zahlungszeit und am Zahlungsort zu entrichten. Dies ist vollständig statthaft. arg .Art. 37. — 14. März 71. M. II. 24; St. I. 61; C. I. S. 264.

Art. 4^2, 96^2, 7.

Correctur in der Wechselsumme.

15. Im Wechselcontext ist die Geldsumme corrigirt; im Worte Vier tausend ist die Vier durchstrichen und zwei darüber gesetzt. Wie die Correctur entstanden ist, constirt nicht. Ueber dem Context steht 2000 Thlr. Diese letztere Summe ist eingeklagt. Bekl. behauptet, er habe das Vier im Context durchstrichen, in der Absicht, nur auf Tausend haften zu wollen. Kläger habe die spätere Ausfüllung rechtswidrig vorgenommen. Ohne Rücksicht auf diesen illiquiden Einwand ist die Klage im Wechselproceß zurückgewiesen worden, weil die fr. Urkunde nicht als documentum guarentigiatum anzuerkennen sei. Von einer Erörterung der materiellen Frage, ob die Correctur ein wesentliches Erforderniß des Wechsels berühre (Art. 4^2, 96^2, 7) und ob letzterer selbst als ungültig zu betrachten sei, ist Umgang genommen worden. 8 Oct. 70; M. I. 9; C. I. 27.

Art. 4^3, 9^3, 36.

Bezeichnung des Remittenten.

16. Ein Wechsel ist an die Ordre von „A. Schlitt für den Vorschußverein" ausgestellt. Auf der Rückseite steht ein Indossament auf V. unterzeichnet „für den Vorschußverein Andr. Schlitt". Das O.H.G. hat (gegen den 2. Richter) angenomen:

a) Der Wechsel enthält eine genügende Bezeichnung des Remittenten. Als solcher ist A. Schlitt anzusehn. Die hinzugefügten Worte „für den Vorschußverein" sind gleichgültig.

b) Da die Identität von Andr. Schlitt mit dem Remittenten A. Schlitt unbestritten ist, so ist auch das Indossament genügend, und die Legitimation des Indossatars zu begründen. Es kommt nicht darauf an, ob A. Schlitt befugt war, für den Vorschußverein zu indossiren. 16. Mai 71; M. II. 70; St. I. 40; C. I. 95.

Art. 4[4].

Zahlungstag.

17. „18zehnten Juli" ist als Zahlungstag in einem am 14. Juli ausgestellten Wechsel angegeben. Der Appellationsrichter hat angenommen, es ergebe sich aus dem Wechsel der 18. Juli als Zahlungstag. Die Ziffer 18 sei mit dem Wort „zehnten" nicht durch „oder" oder „und" verbunden, in dem Wechsel seien also nicht zwei Zahlungstage angegeben, sondern es sei nur ein Zahlungstag zweimal ausgedrückt, einmal vollständig in Ziffern, das zweite Mal unvollständig in Buchstaben. Letzteres sei unerheblich, weil die Ziffer den Zahlungstag bereits vollständig angebe. Der zehnte Juli könne um so weniger als Zahlungstag gemeint sein, als der Wechsel erst am 14. Juli ausgestellt und es nicht die Absicht des Ausstellers gewesen sein könne, einen schon abgelaufenen Tag als Zahlungstag zu bestimmen. Vom O.H.G. gebilligt. 15. Nov. 70. M. I. 31; St. I. 14; C I. 40.

18. „Am 15. September cr." ist eine genügende Bezeichnung des Zahltages. 7. Jan. 71. M. I. 55; II. 8.

19. Ein Wechsel, ausgestellt am 18. Juli 1870, lautet: „Am 1. Dezbr. zahle ich" u. s. w. Das O.H.G. erachtet diese Bezeichnung des Zahlungstages für genügend. Art. 4 Nr. 4 fordere die Angabe eines bestimmten Tages, es könne sich also nur darum handeln, ob etwa ohne Angabe der Jahreszahl sich der Zahlungstag nicht so bestimmt bezeichnen lasse, wie es die Natur des Wechselverkehrs erfordere. Im vorl. Fall lasse sich diese Frage dahin formuliren: Erscheint durch Angabe des Monatstages, an welchem Zahlung zu leisten ist, der Tag der Zahlung in der Art bestimmt, daß sich sagen läßt, er ergebe sich in einer für Jedermann erkennbaren, zweifellosen Weise aus dem Wechsel? — Diese Frage ist zu bejahen. Wenn ein Wechsel sagt, er solle an einem bestimmten Tage eines bestimmten Monats gezahlt werden, so kann dies nach den natürlichen Regeln der Auslegung sowie nach dem Sprachgebrauch des gewöhnlichen Lebens und des Geschäftsverkehrs nur so verstanden werden, daß der nächstkommende Monat dieses Namens gemeint sei. — Auch das gemeine Recht L. 41. D. XLV. 1 erkennt ausdrücklich als Regel an, daß im Zweifel der nächstkommende Monat gemeint sei. — „Im gewöhnlichen Leben sowohl wie im Geschäftsverkehr pflegt man es nur dann für nöthig zu halten, das Jahr zu bezeichnen, wenn es sich nicht um den nächstkommenden Monat, sondern um einen in ein späteres Jahr fallenden Monat dieses Namens handelt, und man pflegt, wo ein Jahr nicht bezeichnet ist, es als selbstverständlich zu betrachten, daß blos die Differenz von Monaten in Frage stehe. Wenn z. B. am 1. Juli eine Frist bis 1. October gegeben wird, so ist Niemand im Zweifel, daß hiermit nur

eine Frist von 5 Monaten eingeräumt werde. Daß dies auch im Wechselverkehr gelte, erscheint um so natürlicher, als die Wechsel in der Regel nur auf kurze, den Zeitraum eines Jahres nicht überschreitende Fristen gestellt werden und die Fälle, wo die Verfallzeit in spätere Jahre fällt, zu den Ausnahmen gehören". 12. Mai 72; M. VI. 24; C. II. 54.

Zahlungszeit.

20. „In drei Monaten zahle ich" ist eine gültige Bestimmung der Zahlungszeit, die so viel bedeutet wie „drei Monate nach Dato". — 24. März 71. M. II. 35; St. III. 5; C. I. S. 278.

21. Ein Wechsel mit einem unmöglichen Verfalltag enthält keine gültige Angabe der Zahlungszeit. Der eingeklagte Wechsel gab als Tag der Ausstellung den 1. Dezember 1869, als Zahlungstag den 15. März desselben Jahres an. Der Appellationsrichter hatte festgestellt, daß in Folge eines Schreibfehlers statt der Jahreszahl 1870 die Jahreszahl 1869 gesetzt worden sei. Das O.H.G. führt mit Bezug hierauf aus: „Auf die bei Ausstellung eines Wechsels von den Interessenten getroffene Vereinbarung kann nicht zurückgegangen werden, insoweit sie keinen Ausdruck in der Wechselschrift gefunden hat." 11. Oct. 70. M. I. 12; St. I. 6; C. I 28.

22. Drei Monat dato ist eine gültige Bestimmung des Zahlungstages, so viel bedeutend wie drei Monat nach dato. 8. März 72. M. V. 54.

23. „Dato nach Sicht" ist eine gültige Bestimmung der Zahlungszeit. Dato besagt hier so viel wie a dato oder de dato; „die Clausel selbst bedeutet also, daß der Wechsel „von der Ausstellung, von heute an" auf Sicht zahlbar sein solle; sie ist eine zwar nicht häufige, aber doch klare Wiedergabe der namentlich bei eigenen Wechseln nicht seltenen Bestimmung: auf Wiedersicht. Zweifelhaft könnte sein, ob ein solcher Wechsel noch am Ausstellungstage selbst zur Sicht und Zahlung präsentirt werden darf oder ob Art. 32 Al. 1 analog anwendbar ist, aber unzweifelhaft erscheint, daß nicht der Ausstellungstag allein und für sich selber der Zahlungstag sein soll". In der Zeitbestimmung dato nach Sicht ist mithin das Wort dato überflüssig, der Wechsel aber bleibt gleichwohl ein Sichtwechsel. 11. Juni 72. M. VI. 54.

24. a) „Eine lediglich auf Kündigung bezw. eine] gewisse Zeit nach Kündigung gestellte Urkunde ist kein Wechsel im Sinne der d. W.-O."

b) „Es ist unstatthaft, in einer die Zahlungszeit alternativ, das einemal giltig, das andremal ungiltig bestimmenden Wechselurkunde einfach die letztere Bestimmung zu streichen und so die eine an sich giltige Bestimmung allein zur Geltung zu bringen. Denn die Alternative ist überhaupt unstatthaft. Die Zahlungszeit kann principiell nur Eine sein und diese muß aus dem Wechsel deutlich erhellen. — Dies muß auch gelten, falls die eine Bestimmung der Zahlungszeit unstatthaft ist". — Daher ist ein Wechsel, der auf den „22. April 1869 oder dreißig Tage nach Kündigung" ausgestellt ist, ungiltig. 6. Juni 71. M. II. 82; St. II. 53; C. I. 103. Vgl. Erk. v. 5. Decbr. 71. M. IV. 44.

Art. 4⁵.

Unterschrift des Ausstellers.

25. Bekl. hat den Klagewechsel „Gebrüder D." unterschrieben. Auch wenn man in dieser Zeichnung nicht die Firma einer offenen Handelsgesellschaft erblickt, so bedeutet sie doch so viel wie die beiden Individualbezeichnungen „Carl D." und „Hermann Bernhard D." Also haftet jedenfalls der Bekl. (Carl D.), und zwar solidarisch. Ob er seinen Bruder verantwortlich machen könnte, bleibt dahin gestellt. 7. Jan. 71. M. I. 55; St. II. 8; C. I. S. 320.

Art. 4⁵, 7 (36, 55).

Durchstrichne Unterschrift des Ausstellers.

26. „Im vorl. Wechsel ist die Unterschrift des Ausstellers durchstrichen, von wem und in welcher Absicht ist nicht angegeben, aber auch nicht erheblich. Es genügt, daß sie jetzt fehlt. Daß sie durch Zufall, aus Versehen oder rechtswidrig gelöscht worden, ist nicht behauptet, kommt also nicht in Frage. Daß sie zur Zeit der Protesterhebung existirte, mag richtig sein; das beweist, daß damals ein formgiltiger Wechsel bestand. Aber nachdem sie durchstrichen worden, hat sie ihre wechselrechtliche Bedeutung und damit der Wechsel seine Existenz verloren. Die Klage aus diesem nicht mehr vorhandenen Wechsel ist somit unbegründet. 5. Sept. 71. M. III. 13; St. III. 40.

Art. 4⁶.

Ausstellungsdatum.

27. Das Datum der Ausstellung lautet: Wilna le 25/7 juillet 1870. Das O.H.G. nimmt an:

a) Darauf ob der Wechsel auch wirklich an dem bezeichneten Orte ausgestellt worden, kommt es nicht an; dies ist kein wesentliches Erforderniß für die Giltigkeit eines Wechsels.

b) Der angebliche Ausstellungsort Wilna läßt erkennen, daß die über dem sonst deutlichen Datum 7 juillet stehende Zahl 25 den entsprechenden Tag des Gregorianischen Kalenders bezeichnen soll; jeder Zweifel, ob diese Zahl nicht etwa auf den Juli zu beziehen sei, wird durch das Datum der Girirung (9. Juli) beseitigt. 11. Mai 72. M. VI. 26; C. II. 56.

Art. 4⁷.

Bezeichnung des Trassaten.

28. Ein Wechsel auf Jlges Koch gezogen, ist von Ae. Koch acceptirt und wird jetzt gegen Aegidius Koch eingeklagt. Derselbe bestreitet, daß er der im Wechsel genannte Trassat sei, ist aber in den Vorinstanzen verurtheilt worden. Die N. Beschw. hiergegen wird zurückgewiesen. „Zu den wesentlichen Erfordernissen eines Wechsels gehört allerdings nach Art. 4 Nr. 7 der Name der Person oder die Firma des Bezogenen. Daß außer dem Familiennamen

auch noch der Vorname des Bezogenen angegeben werde, ist nicht vorgeschrieben; ist der Vorname überflüssigerweise und dabei unrichtig angegeben, so folgt von selbst, daß diese überflüssige Angabe gänzlich wirkungslos bleiben muß, wenn nur ein Zweifel über die Identität der Person des Acceptanten und der des Bezogenen nicht besteht. Daß auch in diesem Fall der Acceptant nicht und also überhaupt niemals hafte, wenn der Vorname des Bezogenen von dem des Acceptanten verschieden ist, läßt sich aus den Bestimmungen der W.O. nicht herleiten." 26. Sept. 71. M. III. 57; St. III. 72.

Art. 4[8], 97.

Zahlbar aller Orten.

29. Der Zusatz zahlbar aller Orten, der namentlich bei Eigenwechseln, aber auch bei trassirt eignen Wechseln vorkommt, hat nach dem Handelsgebrauch lediglich processualische Bedeutung. „Er bestimmt nicht beliebige Zahlungsorte, sondern begründet die Verpflichtung des Ausstellers sich vor dem Gericht belangen zu lassen, in dessen Bezirk er getroffen wird". Der Zusatz hat also weder die Wirkung, die im Wechsel etwa fehlende Angabe des Zahlungsortes zu ersetzen noch die darin enthaltene Angabe des Zahlungsortes zu entkräften. In einem domicilirten Eigenwechsel bleibt also trotz dieser Clausel das Domicil Zahlungsort. Die bisweilen aufgestellte Ansicht, daß der Zusatz dem Eigenwechsel die Eigenschaft eines domicilirten nehme, richtet sich nur gegen die Nothwendigkeit der Präsentirung und Protestirung im Domicil, nicht aber leugnet sie, daß ungeachtet jener Klausel das Domicil vorzugsweise bestimmter Zahlungsort verbleibe. 13. Dez. 71. M. IV. 54 St. IV. 19; C. II. S. 151

Art. 6, 8, 14, 81, 82.

Wechsel an eigene Ordre, vom Aussteller ohne Obligo girirt.

30. Der Trassant eines Wechsels an eigne Ordre kann durch die seinem Indossament beigefügte Clausel „ohne Obligo", „ohne Gewährleistung" seine Haftung als Aussteller nicht beseitigen. Liegt aber bei der Begebung eines solchen Wechsels eine wirkliche Abrede zu Grunde, wonach der Aussteller den Wechsel deshalb sine obligo überträgt, weil er überhaupt nicht aus demselben haften wolle, weder als Aussteller noch als Indossant, so kann diese Abrede dem ersten Nehmer gegenüber als exceptio doli geltend gemacht werden und ebenso gegenüber jedem folgenden Nehmer, „dem beim Erwerb des Wechsels diese Abrede von seinem Vormann kund gethan und dem sogar deshalb das Giro unter der ausdrücklichen und von ihm bewilligten Bedingung, daß er auf den Trassanten in keiner Weise zurückgehen dürfe, ertheilt ist." — Die bloße Clausel „ohne Obligo" vertritt indeß eine solche Abrede nicht. 8. Nov. 70. M. I. 27; St. I. 11; C. I. 8.

Art. 7.

Zerrissener Wechsel.

31. „Der Wechsel ist insofern verletzt, als zwei quer durch das Papier

hindurchgehende Risse ihn nach seiner jetzigen Gestaltung in drei äußerlich erkennbare Theile trennen, deren Verbindung nur durch Hülfe aufgelegter Papierstreifen erkennbar ist. Ob aber diese Streifen erst aufgeklebt sind, nachdem die Cohärenz der Theile vollständig gelöst war oder ob sie zur Verhinderung vollständiger Lösung angebracht worden, läßt sich jetzt nicht erkennen. (Ersteres hat Beklagter, letzteres Kläger behauptet.) — Jedenfalls ist die Scriptur nach ihrem vollen ursprünglichen Inhalt noch erkennbar und die anscheinend getrennten Bestandtheile erweisen sich hiernach als zusammengehörig." — Die Allg. W.O. gewährt keine unmittelbare Entscheidung zur Beantwortung der Frage, in wie weit eine Wechselurkunde dieser Art ihre ursprüngliche Kraft behalte. Es ist deshalb auf das Civilrecht zurückzugehn. — Im vorl. Fall wird nach sächs. Proceßrecht angenommen, daß die Urkunde die Bedeutung eines instrumentum guarentigiatum habe und demnach als Grundlage für den Wechselproceß verwerthbar sei. — Aus dem Augenschein, einem im Wechselproceß zulässigen Beweismittel sei hier die Ueberzeugung gewonnen, daß die Verletzung der Urkunde durch Abnutzung herbeigeführt sei — dem Bekl. bleibe allerdings unbenommen, in separato den Nachweis zu führen, daß der Wechsel von einem der Wechselverbundenen vorsätzlich nur mit der Absicht der Vernichtung der Urkunde in der jetzt ersichtlichen Weise verletzt sei." 8. März 72. M. V. 54.

Art. 8, 82.

Verhältniß des Trassanten zum Trassaten. Revalirungsklage.

32. Drei von der Firma L. u. Z. an eigene Ordre gestellte, auf die Klägerin gezogene Wechsel sind von dieser acceptirt und bei Verfall eingelöst worden. Sie will die Acceptation am 9., 20. und 30. März 1870 bewirkt haben. Bekl., Mitinhaber der Firma L. u. Z. stellt der Revalirungsklage die Behauptung entgegen, daß die Firma L. u. Z. bereits am 15. März 1870 aufgelöst sei und nicht feststehe, ob die Klägerin nicht erst nach erhaltener Kunde von der Auflösung die Acceptirung bewirkt habe. Nach dem Attest des Handelsgerichts ist die Auflösung der Societät am 3. u. 4. Apr. 1870 durch öffentliche Blätter bekannt gemacht. Bekl. hat aber behauptet, Klägerin habe bereits früher Kunde von der Auflösung erhalten. Die Angaben der Klägerin über die Zeitpunkte der erfolgten Acceptirung hat er geleugnet, ohne andere Zeitangaben entgegenzustellen. — Der Appellationsrichter hat die Ermittelung des von der Kläg. angegebenen Tages für irrelevant erachtet. Die Ausstellung der Wechsel sei vor der Publication der Auflösung der Firma geschehen; folglich seien die Aussteller wechselrechtlich jedem Nachmann verpflichtet gewesen und dies auch nach dem Erlöschen der Firma geblieben. Die Trassanten hätten demnach beim Mangel ausdrücklicher Zurücknahme des Acceptirungsauftrages diesen als fortbestehend ansehen dürfen; jedenfalls hätten sie, selbst wenn sie nach der Zeit des Erlöschens acceptirt haben sollten, utiliter für die Aussteller gehandelt.

Dieser Argumentation pflichtet das O.H.G. deswegen nicht bei, weil bei dem hier vorl. Wechsel an eigne Ordre für die Haftung der Aussteller den Indossataren gegenüber nicht die Zeit der Ausstellung, sondern der Be-

gebung entscheide, die hier nicht feststehe. Dagegen bestimmt sich das Verhältniß des Trassanten zum Trassaten allerdings nach dem Zeitpunkt der Ausstellung. „Diese ist bei den drei Klagewechseln vor der Publication der Auflösung, also zu einer Zeit erfolgt, für welche der Klägerin die Präsumtion, die Auflösung nicht gewußt zu haben, zur Seite steht. Der wechselmäßige Auftrag ging auf Einlösung der Papiere zur Zeit des Verfalls. Ueber diese Einlösung und die Revalirungspflicht des Auftraggebers an sich herrscht kein Streit. — Alle zur Klagebegründung erforderlichen Thatsachen sind hiermit gegeben. Der präsumtiv von den Inhabern der alten Firma zu vertretende Auftrag ist erfüllt. Sache des Bekl. war es, Thatsachen zu behaupten und zu erweisen, welche ergeben, es sei die Erfüllung unter Umständen erfolgt, nach denen der Auftrag als zurückgenommen habe gelten müssen. Erst von dieser exceptivischen Rechtsvertheidigung aus gewinnt der Tag der erfolgten Acceptirung rechtliche Bedeutung. Hierbei kann die eigene Angabe der Klägerin nur als Zugeständniß in Betracht kommen, keinenfalls als die eines Beweises bedürftige Thatsache." 21. Juni 72. M. VI. 76.

Art. 8, 9, 10, 17, 78.

Interesse des Ausstellers und Indossanten an der Echtheit des Accepts.

33. Die Beklagten werden aus einem Accept ihres Erblassers in Anspruch genommen. Als Zeuge für die Echtheit ist G. laudirt, der den Wechsel an eigne Ordre gezogen und dann weiter begeben hat. Sein Zeugniß ist vom Appellationsrichter als ein im höchsten Grade interessirtes verworfen worden. Mit Recht. Der Aussteller und Indossant eines Wechsels haftet für dessen Zahlung, der Aussteller haftet auch aus einem präjudizirten Wechsel mit der Bereicherungsklage. Nicht minder haften Aussteller und Remittent civilrechtlich aus doloser oder culposer Begebung eines falschen Accepts. Das Interesse ist also vorhanden, auch dann, wenn die Regreßklage verjährt sein sollte. 15. Nov. 70. M. I. 30; St. I. 15; C. I. 47.

Art. 9.

„Nicht an Ordre" auf der Rückseite.

34. Ein vom Aussteller auf der Rückseite gesetztes Verbot des Weiterindossirens ist wirkungslos. Die Clausel „nicht an Ordre" muß im Context des Wechsels stehen. 27. Juni 71. M. II. 90; St. II. 67; C. I. 367.

Art. 10.

Haftung des Indossanten.

35. „Bekl. hat sein Blancogiro auf dem Wechsel anerkannt und da er nicht behauptet, dasselbe auf ein bloßes Wechselformular gesetzt zu haben oder aber daß zur Zeit seiner Unterschrift die Urkunde anders als gegenwärtig gelautet habe, so bedarf es ungeachtet seiner Nichtanerkennung des anderweiten Inhalts der Wechselurkunde einer Beweiserhebung über deren Echtheit nicht." — 19. Sept 71. M. III. 26. St. III. 63.

Art. 10, 17.

Einwand des Incassoindossaments.

36. a) Der Einwand, daß das formell als reines Indossament erscheinende Indossament materiell nur ein Procuraindossament sei, daß der Indossatar lediglich zum Incasso ermächtigt sei, ist unstatthaft. Ist die Form des reinen Indossaments gewählt, so hat dies immer die Wirkung, daß die scripturmäßigen Rechte aus dem Wechsel auf den Indossatar übertragen werden; die äußere Stellung dieses letzteren (Dritten gegenüber) ist unabhängig von den zwischen ihm und dem Indossanten stattgehabten Verabredungen. Der gedachte Einwand ist demnach weder in der Richtung statthaft, um die Giltigkeit des Indossamentes überhaupt zu elidiren, noch können auf Grund dieser Behauptung Einreden aus der Person des Indossanten dem Indossatar entgegengesetzt werden. — Das O.H.G. hat diesen Grundsatz in einer Reihe von Entscheidungen ausgesprochen und zur Geltung gebracht. Am ausführlichsten begründet ist derselbe in dem Erk. vom 19. April 1872 (M. VI. 10; C. II. 40), in welchem auch auf die Entstehungsgeschichte der betreffenden Artikel der W.O. sowie auf die frühere wechselrechtliche Praxis näher eingegangen wird. Insbesondere wird hier darauf hingewiesen, daß jener Einwand keineswegs, wie zuweilen angenommen wird, mit der Einrede der Simulation zusammenfällt, daß aber auch diese letztere Einrede dem Indossatar gegenüber nicht durchgreift.

b) Gänzlich verschieden von diesen beiden Einreden ist die exceptio doli. Es liegt nicht schon darin ein dolus, daß „der Eigenthumsindossatar zu Incassozwecken" die wider seinen Indossanten zustehenden Einreden nicht gelten lassen will. Ob dagegen ein dolus darin zu finden ist, daß der Zweck des dem Incassomandatar ertheilten Eigenthumsindossamentes dahin gerichtet war, Einreden aus der Person des Indossanten auszuschließen, ist in dem angef. Erk. vom 19. April als nicht in Frage stehend unentschieden geblieben; nach dem Erk. vom 20. Dez. 1870 (M. I. 49; St. I. 20) scheint das O.H.G. zur Bejahung dieser Frage geneigt zu sein, da hier der allgemeine Grundsatz ausgesprochen ist, daß die exceptio doli dem Indossatar immer dann entgegengesetzt werden könne, wenn die Absicht beim Indossament dahin gerichtet war, dem Schuldner eine ihm gegen den Indossanten zuständige Einrede zu entziehen.

c) Die Einrede, die dem Wechselschuldner entzogen werden sollte, muß jedenfalls speciell bezeichnet sein. Die allgemeine Behauptung, es habe dem Schuldner die Möglichkeit der Geltendmachung und des Beweises von Einreden abgeschnitten werden sollen, ist völlig unsubstantiirt. 2. Dezbr. 71. M. IV. 38; St. V. 10.

d) Die Klage eines Indossatars gegen die Aussteller resp. Acceptanten war abgewiesen worden. Die Bekl. wollten der späteren, von einem Vormann des ersten Klägers angestellten Klage den Einwand der rechtskräftig entschiedenen Sache entgegensetzen, indem sie behaupteten, der jetzige Kläger müsse als Incassomandant seines Nachmannes das gegen diesen ergangene Judicat auch gegen sich gelten lassen. Der Einwand ist, ganz abgesehen von den Grundsätzen über res judicata, zurückgewiesen worden, weil das Indossa-

ment ein reines Indossament war, dem gegenüber der von den Bekl. angetretene Nachweis, daß nur ein Indossament zum Incasso beabsichtigt worden, nicht zulässig sei. 7. Febr. 71. M. I. 79; St. I. 46; C. I. 16.

e) Dieser Nachweis kann auch nicht etwa in dem preußischen Wechselseparatum geführt werden, da er nicht aus processualischen Gründen, sondern aus Gründen des materiellen Rechts unstatthaft ist. Der Kläger hatte zur Tilgung einer Wechselverbindlichkeit einen neuen Wechsel ausgestellt und sich dagegen die Rückgabe des früheren Wechsels ausbedungen. Gleichwohl wurde dieser frühere Wechsel von einem Dritten (dem jetzigen Beklagten) mit obsieglichem Erfolge eingeklagt. Der Kläger stellte nunmehr gegen ihn das Wechselseparatum an, weil Bekl. als bloßer Bevollmächtigter des Vormannes an jene Abmachung gebunden sei. Aus obigem Grunde abgewiesen. 2. Jan. 72. St. V. 32.

f) In dem angeführten Erk. vom 19. Apr. 72 handelte es sich um folgenden Fall: Der Gutsbesitzer v. W., als Acceptant eines Wechsels beklagt, behauptet, er habe das Accept in blanco dem Hirsch J. gegeben, später aber sich mit demselben wegen aller Verbindlichkeiten berechnet, so daß dadurch der Klagewechsel habe getilgt werden sollen. Gleichwohl habe der inzwischen flüchtig gewordene Hirsch J. den Wechsel an Mendel Itzig zum Zweck der Protesterhebung gegeben. Dieser habe seinen Namen als Aussteller und sein Giro darauf gesetzt und sei demnächst nach Verfall der Wechsel weiter girirt worden — — Mendel Itzig sowohl wie der jetzige Kläger habe um die Beredung zwischen Bekl. und Hirsch J. gewußt. — Der Appellationsrichter hat ausgeführt: daß Mendel Itzig als bloßer Incassomandatar des Hirsch J. gehandelt hat, befugt Bekl. nicht, die ihm gegen Hirsch J. zustehende Einrede, dem Kläger entgegenzusetzen, da Hirsch J. auf dem Wechsel nicht erscheint, deshalb das etwaige Verhältniß des Mendel Itzig zu ihm als Mandatar für den Wechsel nicht vorhanden ist und durch den Girozug, selbst nach Art. 16 Al. 2, auf Kläger nicht übergegangen sein kann. — — Das O.H.G. läßt es dahin gestellt, ob auf den Umstand, den der Appellationsrichter betont, daß Hirsch J. auf dem Wechsel nicht als Remittent erscheine, entscheidendes Gewicht zu legen ist — oder ob nicht vielmehr, wenn es überhaupt statthaft ist, den wahren Interessenten hinter der Maske seines bloßen Vertreters in den Proceß hineinzuziehen, dies auch in dem Falle gelten muß, daß der wahre Interessent, statt formeller Uebertragung seines Rechts auf einen Dritten den noch verhüllteren Weg der Intervention eines Dritten ohne jede äußerliche Betheiligung seinerseits eingeschlagen hat" — denn die Entscheidung des Appellationsrichters wäre auch in dem Fall begründet, daß Hirsch J. als Remittent im Wechsel erschiene. Der vorl. Fall unterscheidet sich nur thatsächlich von dem vielbesprochenen Fall eines in Form vollständigen Indossaments auftretenden Incassomandats. Es macht keinen Unterschied:

„daß der Auftrag nicht einmal auf Einkassirung, sondern nur auf Protesterhebung gegangen ist;

daß der Remittent diese Eigenschaft nicht direct, sondern indirect dadurch erlangt hat, daß er sich als Trassanten des in blanco acceptirten Wechsels an eigne Ordre bezeichnet hat, da die Statt-

haftigkeit solcher Bezeichnung vorausgesetzt, seine Stellung sich rechtlich nicht von der eines anderen Remittenten unterscheidet."

(Die Exc. doli war im vorl. Fall nicht begründet, weil die Wissenschaft des Mendel Itzig von der Beredung zwischen dem Bekl. und Hirsch J. nicht erweislich war, der Kläger aber seine Wissenschaft von der Entstehung des Wechsels eidlich in Abrede gestellt hatte.)

Art. 14, 17, 16.

Haftung des Indossanten.

37. Bei der Begebung eines Wechsels in blanco war verabredet, daß der Indossatar die Wechselforderung im Interesse des Indossanten geltend machen solle. Nachdem der Wechsel bereits Mangels Zahlung protestirt worden war, soll der Indossant erklärt haben, der Indossatar möge den Wechsel behalten, um sich daraus wegen einer ihm gegen den Indossanten zustehenden Forderung bezahlt zu machen. Das O.H.G. nimmt an: Ursprünglich sei der Giratar nach der unter den Parteien stattgehabten Beredung nicht Eigenthümer des Wechsels geworden; er habe den Wechsel nur im Namen und für Rechnung des Auftraggebers besessen, demnach unter einem Rechtstitel, der ihn wohl zur Einziehung des Wechsels ermächtigte, ihm aber nicht Regreßrechte gegen den Giranten verlieh. Die nachträgliche Erklärung des Indossanten ist zwar insofern erheblich, als dadurch an Stelle des der Wechselbegebung ursprünglich zu Grunde liegenden gewöhnlichen Mandats ein Mandat in rem suam getreten ist; der Indossant hat aber damit keine wechselmäßige Regreßverbindlichkeit auf sich genommen. Dies ist um so weniger anzunehmen, als eine solche Verbindlichkeit ja auch nicht entstanden sein würde, wenn der Wechsel nach der Protestaufnahme förmlich girirt worden wäre. (4. Nov. 71. M. I. 26. C. I. 41.)

Art. 16 Al. 1.

Indossament eines präjudizirten Wechsels.

38. Das Indossament eines präjudizirten Wechsels im Sinne des Art. 16[1] verleiht dem Indossatar selbständige Rechte gegen den Acceptanten. Der Indossatar ist daher nicht verpflichtet, andere Einreden gegen sich gelten zu lassen, als solche, die entweder aus dem Wechselrecht selbst hervorgehen oder die unmittelbar gegen seine Person gerichtet sind. (24. Febr. 71. M. II. 11; St. II. 14; C. I. 126.)

39. „Der nach Verfall und nach Ablauf der Protestfrist begebene präjudizirte Wechsel nimmt die Natur des Sichtwechsels an. Mag es zweifelhaft sein, ob das Indossament desselben als Creirung einer neuen Sichttratte aufzufassen ist, jedenfalls ist der Wechsel nunmehr nach Analogie des Sichtwechsels zu behandeln. Nun ist bekanntlich streitig, binnen welcher Frist die Vorzeigung eines solchen Wechsels geschehen muß, um rechtzeitig zu sein, aber unbestritten ist der Regreß M. Z. verloren, wenn die Nichterlangung der Zahlung auf gehörige Präsentation zur Zahlung durch rechtzeitigen Protest nicht dargethan wird. Rechtzeitig ist aber nur der Protest, der spätestens

am zweiten Werktage nach dem Zahlungstage erfolgt. Art. 41. Da nun der nach Verfall begebene Wechsel bei der Vorzeigung zahlbar ist, so ist auch der Tag der Vorzeigung der Zahlungstag, der Protest also spätestens am zweiten Werktag nach der Vorzeigung zu erheben." (7. Mai 72. M. VI. 19. C. II. 44.)

Art. 16², 82.

Indossament des protestirten Wechsels.

40. Die Voraussetzung des Art. 16 Abs. 2 liegt nicht vor, wenn der Vormann durch Einlösung im Regreßwege in den Besitz des Wechsels gelangt. Hat derselbe bei der Einlösung des Wechsels gewußt, daß derjenige, von dem er den Wechsel einlöst, bereits befriedigt sei, so liegt hierin allerdings ein Dolus, der ihm nach Art. 82 entgegen steht. Wenn er aber diese Kenntniß erst nach der Einlösung erlangt hat, so hindert ihn dieselbe nicht, von dem gesetzlich durch die Einlösung erworbenen Rechte (Art. 51) vollen Gebrauch zu machen. (30. Sept. 71. St. III. 78.)

41. Auf dem Wechsel befindet sich zuletzt ein Blancogiro des E. Der Wechsel ist im Namen des Th., der erweislich nur eine vorgeschobene Person war, M. Z. protestirt waren. Gegenwärtig klagt auf Grund des Blancogiro ein Vormann des E. gegen den Acceptanten. Dies ist zulässig, denn E. konnte, nachdem er als regreßpflichtiger Indossant in den Besitz des Wechsels gelangt war, auch ein vor der Protestaufnahme ausgestelltes Blancogiro zur Weiterübertragung seiner Ansprüche benutzen. Ein vorausgehendes Rückgiro des Th. an den im Regreßverbande stehenden E. war nicht nöthig, ebenso ist es unerheblich, ob E. den Wechsel wieder einlöste oder ob ihn der Scheinindossatar Th., resp. der mit der Einziehung beauftragte Anwalt einfach zurückgab. (23. April 72. M. V. 97.)

Begebung eines protestirten Wechsels. Benutzung eines vor der Protestaufnahme darauf befindlichen Blancogiros.

42. Auf einem an eigene Ordre gezogenen, vom Trassaten acceptirten Wechsel befand sich zur Zeit der Protestaufnahme ein Blankoindossament des Ausstellers und im Anschluß daran ein auf den letzten Inhaber lautendes Indossament der London- und Westminsterbank. Letztere soll den Wechsel eingelöst und unter Durchstreichung ihres Indossaments an Pulley und Field gegeben haben, von denen sie denselben zum Incasso erhalten haben. Von P. u. F. sind die Wechsel an die Firma Th. B. Schweitzer indossirt und letztere Firma klagt gegen den Acceptanten. Bei der Entscheidung dieser Sache hat das O.H.G.

1) die Frage, ob nach Maßgabe der W.O. die Klägerin zur Wechselklage legitimirt erscheint, ob es insbesondere statthaft war, unter Benutzung eines vor dem Protest gegebenen Blancoindossaments den Wechsel nach dem Protest weiter zu begeben — bejaht. „Nach Art. 16 der W.O. können auch nach dem Protest M. Z. die wechselrechtlichen Ansprüche im Wege des Indossaments übertragen werden und offenbar kann dieser Uebertrag eben

so gut durch Benutzung eines bereits vorhandenen Blanco-Indossaments geschehen als durch ein neues Indossament. -- Es ist kein Grund vorhanden hiervon eine Ausnahme zu machen für den Fall, wo eine Protesterhebung in Mitte liegt, vielmehr ist auch für diesen Fall an der Regel festzuhalten, daß für die Legitimation nur die Form, in welcher der Wechsel zur Zeit seiner Geltendmachung erscheint, maßgebend sei, und derjenige Inhaber als legitimirt gelte, welcher durch eine Reihe zusammenhängender Indossamente sein Eigenthum darthut (Art. 36, 55).

2) Ist im vorl. Fall das Blanco-Indossament als vor oder nach der Protestaufnahme erfolgt anzusehen? Das O.H.G. nimmt letzteres an. Bei Entscheidung dieser Frage ist der Inhalt der Protesturkunde zu Grunde zu legen, „da der Gesetzgeber gerade zum Zweck, um einen festen Anhaltspunkt dafür zu gewinnen, ob ein vorausgehendes oder nachfolgendes Indossament vorliege, den Unterschied in der wechselrechtlichen Wirkung nicht vom Verfalltage sondern von der Protesterhebung abhängig machte (Protok. v. 28. Okt. 1847, S. 28). Hier steht fest, daß die Firma Pulley u. Field, von welcher Klägerin den Wechsel erwarb, in keiner der zur Zeit des Protestes auf denselben befindlichen Wechselerklärungen genannt war, daß sie also damals nicht im Wechselverbande stand. — Wenn Kläg. meint, es sei der Umstand entscheidend, daß das fr. Blanco-Indossament vor dem Protest ausgestellt sei, so verkennt sie die Natur und Wirkung des Blanco-Indossaments, denn für die Frage, zu welcher Zeit der Uebertrag eines Wechsels stattgefunden, ist nicht die Ausstellung eines Blanco-Indossaments, sondern dessen Benutzung maßgebend". — Hieraus wird die Folgerung abgeleitet, daß P. u. F. resp. deren Nachmann diejenigen Einreden gegen sich gelten lassen müssen, welche dem Aussteller entgegengesetzt werden können. — (24. Okt. 71. M. III. 48. St. IV. 28; C. I. 174).

Art. 19, 98[3].

Nachsichtwechsel. Präsentatian zur Annahme.

43. Bekl. hat als Aktionär der Feuerversicherungs-Gesellschaft Patria zu Berlin über 80 pCt. der von ihm gezeichneten Actien drei formularmäßige Wechsel ausgestellt. Dieselben lauten übereinstimmend:

Actie Nr. . . . Thlr. 150.

Vierzehn Tage nach Vorzeigung zahle ich gegen diesen meinen Wechsel an die Feuerversicherungs-Actiengesellschaft Patria zu Berlin oder deren Ordre bei . . . in Berlin die Summe von 150 Thlr. und leiste zur Verfallzeit prompte Zahlung nach Wechselrecht, insofern dieser Wechsel binnen 50 Jahren, angerechnet vom 26. September 1868 (dem Tage der landesherrlichen Genehmigung der Errichtung der Gesellschaft), längstens also bis zum 26. Sept. 1918 bei dem von . . . erwählten Domiciliaten in Berlin präsentirt wird.

Sch. 30. Juli 1868.

J. S.

Die Wechsel sind laut notar. Protestes am 17. Mai 71 auf dem Secretariat des Berl. Stadtgerichts, d. h. in dem Zimmer Nr. 63 daselbst, wo der allein anwesende Stadtgerichtssecretair F. erklärte, daß er keinen Auf-

trag habe, auf die vorgelegten Wechsel einen Präsentationsvermerk zu setzen), vergeblich zur Sicht protestirt worden. Am 6. Juni 71 sind die Wechsel demnächst m. Z. präsentirt worden. In den Protesten wird auf §. 7 des Statutes der Patria Bezug genommen, der also lautet:

> Für den Rest von 80 pCt. des Nominalbetrages jeder Aktie — hat jeder Actionär drei Solawechsel nach den Formularen auszustellen. Diese Solawechsel sind einen Monat vor Ablauf der in den Exemplaren angegebenen Präsentationsfrist zu erneuern. Die Actionäre haben in Berlin Wechseldomicil zu erwählen. Alle Insinuationen erfolgen gültiger Weise an die in diesem Domicil wohnenden von den Actionären zu bestimmenden Personen — und in Ermangelung der Bestimmung der Person auf dem Secretariat des Stadtgerichts zu Berlin.

Aus den Entscheidungsgründen der bei Einklagung dieser Wechsel ergangenen Erkenntnisse wird hier der auf das Wechselrecht bezügliche Inhalt hervorgehoben:

Die Klagewechsel bestehen aus zwei Theilen, der zweite Theil beginnt mit den Worten „insofern" u. s. w. Stände der erste Theil allein, so wären die Wechsel 1) behufs Feststellung des Verfalltages (zur Sicht) dem Aussteller und zwar an seinem Domicil zu präsentiren gewesen, da das Wechseldomicil an sich lediglich auf die Zahlung zu beziehen ist. Die Präsentation hätte nach Art. 98³, Art. 19 binnen 2 Jahren nach dem Ausstellungstage stattfinden müssen, wobei dahin gestellt bleiben kann, ob eine Versäumung dieser Frist Verlust des Wechselrechts gegen den Aussteller nach sich gezogen haben würde (unten Nr. 1). 2) Hätte Präsentation zur Zahlung an dem durch die Sicht bestimmten Zahlungstage (resp. innerhalb der beiden Protesttage), und zwar da kein Domiciliat benannt ist, an den Aussteller im Wechseldomicil erfolgen müssen. Die Unterlassung dieses Protestes hat indeß Verlust des Wechselrechts gegen den Aussteller nicht zur Folge. Der Zusatz, der mit den Worten „insofern" beginnt, enthält nicht etwa eine Bedingung oder Beschränkung, sondern eine Erweiterung des Wechselversprechens und zwar in dreifacher Richtung: a. an Stelle der zweijährigen gesetzlichen Frist zur Vorzeigung tritt eine fast fünfzigjährige Frist; b. an Stelle der gesetzlich erforderlichen Präsentation zur Sicht im Wohnort des Ausstellers tritt die für den Aussteller beschwerlichere Präsentation im Wechseldomicil, indem, was durchaus statthaft erscheint, der gesetzliche Präsentationsort vertragsmäßig durch einen andern Ort ersetzt ist; c. an diesem Ort soll die Präsentation nicht dem Aussteller sondern dem vom Aussteller gewählten Domiciliaten geschehen. — Die Folge der Nichterwählung eines Domiciliaten könnte nun nach dem Willen der Betheiligten eine dreifache sein: Die ganze Wechselverpflichtung ist hinfällig; die ganze Erweiterung der Wechselverpflichtung nach Zeit und Ort der Präsentation ist hinfällig; es fällt nur die Präsentation an den Domiciliaten fort, es hat also zwar im Domicil aber dem Aussteller selbst (nach Analogie der Präsentation zur Zahlung) die Vorzeigung zu geschehn. Diese letzte schwächste Wirkung der Nichtbezeichnung eines Domiciliaten liegt dem vermuthlichen Willen am Nächsten. Hier ist kein Domiciliat im Wechsel selbst benannt, die betr. Stellen in den Formularen sind unausgefüllt geblieben. Eine Ergänzung dieses Mangels aus §. 7 des Statuts ist um so

weniger zulässig als das „Secretariat des Stadtgerichts zu Berlin" keine zur Zahlung befähigte Person, sondern höchstens eine Zahlungsstelle ist. Die Folge hiervon ist: Die nur auf dem Secretariat des Berliner Stadtgerichts am 22. Mai 1871 erfolgte Präsentation zur Sicht ist unwirksam, was auch die Ungiltigkeit der späteren Präsentation zur Zahlung nach sich zieht. Damit fallen die Kosten der beiden Proteste, die Verzugszinsen vom 6. Juni 71 und die ohnehin zur Ungebühr verlangte Provision. Dagegen ist die Wechselsumme zuzusprechen. Die Klageerhebung schließt den Willen in sich, den etwa noch nicht eingetretenen Verfalltag der Wechsel herbeizuführen; dieser trat mithin hier spätestens 14 Tage seit der Klagebehändigung ein und von da an beginnen auch Verzugszinsen zu laufen, ohne daß eine nochmalige Präsentation zur Zahlung erforderlich wäre. Unerheblich ist auch, daß der Bekl. mit Abschrift der Klage nicht die Originalwechsel, sondern nur deren Copien mitgetheilt sind, da deren Echtheit nicht bestritten ist. (3. Oct. 71. M. III. 62. St.. IV. 5. C. I. 164. Vgl. Erk. v. 21. Nov. 71. M. IV. 12.)

Art. 21.

Accept eines Bevollmächtigten.

44. Das von einem Bevollmächtigten mit dem Namen des Machtgebers gegebene Wechselaccept bindet den letzteren, auch wenn der Bevollmächtigte es unterlassen hat, seinen eigenen Namen und einen auf das Vollmachtsverhältniß hinweisenden Zusatz beizufügen. (12. März 72. M. V. 59; C. II. 32 (vgl. unten Nr. 49.)

Durchstrichenes Accept.

45. „Es bedarf keiner Ausführung, daß ein Wechsel mit ausgestrichenem Accept etwas wesentlich anderes ist als ein Wechsel mit unversehrtem Accept. Die Ausstreichung von wechselmäßigen Verpflichtungs-Erklärungen ist das gewöhnliche und ordentliche Mittel, deren Erloschensein urkundlich zu machen. Wenngleich unter Umständen ein sonstiges Klagerecht des Wechselinhabers gegen den Acceptanten auch nach der Accepttilgung construirt werden kann, so wird doch dasselbe jedenfalls durch Beweisführungen des Klägers bedingt und die Klage entbehrt also der Liquidität und der den Wechselklagen eingeräumten Proceßbevorzugung, so daß der Bekl. zur umfassenden materiellen Rechtsvertheidigung berechtigt ist." — Im vorl. Fall wurde hiernach angenommen, daß der Bekl., der verpflichtet war, dem Kläger die von diesem eingelösten Wechsel zurückzugeben, seiner Verbindlichkeit nicht genügt habe, wenn er sie mit durchstrichenem Accept zurückgab. (3. Febr. 71. M. I. 78; C. I. 125.)

Art. 21 (12, 81).

Zeichnung in dorso.

46. Bekl. hat sein Grundstück an die verehel. L. verkauft. Zur Berichtigung des Kaufgeldes soll deren Ehemann sich verpflichtet haben, das

Accept des Bekl. einzulösen. Er soll demgemäß auch seinen Namen auf die Rückseite des Wechsels gesetzt und dann den Wechsel eingelöst haben. Hierauf habe er nach Durchstreichung seines Namens den Wechsel an Klg. weiter begeben. Der auf diesen Sachverhalt gegründete Einwand ist namentlich mit Rücksicht darauf, daß die Schuldübernahme nach dem preuß. L.-R. der schriftlichen Form bedarf, verworfen worden. In den Gründen wird insbesondere ausgeführt: Es ist unrichtig, daß L. durch die Zeichnung des Wechsels in dorso eine solidarische Verpflichtung mit Verkl. und diesem gegenüber übernommen habe. Ferner ein Rechtssatz, wie ihn Bekl. in der N. Beschw. aufstellt: „Diejenigen Verabredungen, welche die beim Wechselzuge betheiligten Rechtssubjekte hinsichtlich der Einlösung des Wechsels unter einander treffen, müssen dieselben unabhängig von der Form der Einrede gelten lassen" — existirt überhaupt nicht. „Die Annahme des Appellationsrichters, daß L. den Wechsel nicht für den Wechselschuldner in Folge der behaupteten Abrede eingelöst, sondern ihn als Eigenthümer erworben habe, ist mit Erfolg nicht angefochten". Damit fällt auch die (übrigens auch sonst unzutreffende) Behauptung zusammen, daß die mündliche Expromission des L. durch Erfüllung verbindliche Kraft erlangt habe. (25. Okt. 70. M. I. 21; St. I. 10.)

Art. 24, 4[8].

Domizilwechsel.

47. Ein Wechsel, gezogen auf Franz C. in Vordamm, „zahlbar im Cassenlocal der Driesener Spar- und Vorschußcasse" ist kein Domicilwechsel, „denn er besagt nicht, daß die Zahlung am Orte Driesen und nicht an dem dicht dabei liegenden Orte Vordamm geschehen solle. — „Driesener Spar- und Vorschuß-Casse" kann Namensbezeichnung, Firma sein und genannte Casse kann ein Cassenlokal, eine Zahlstelle in V. haben." (25. Apr. 71. M. II. 53; St. II. 27; C. I. 89.)

48. Ein Wechsel ausgestellt: „Dortmund den 1. Juni 1869" und so adressirt: „Herrn Ph. Strauß in Hörde, zahlbar beim Aussteller" ist kein Domicilwechsel, denn der Domicilwechsel setzt einen vom Wohnort des Bezogenen verschiedenen Zahlungsort voraus; an einer solchen Angabe fehlt es aber hier, da beim gezogenen Wechsel nicht etwa wie beim eigenen (Art. 97) eine Vermuthung dafür besteht, daß der Ausstellungsort auch der Wohnort des Ausstellers sei. „Der Aussteller kann in Hörde wohnen oder dort ein Geschäftslokal haben; das Ausstellungsdatum Dortmund steht dieser Möglichkeit nicht entgegen." (27. Juni 71. M. III. 2; St. II. 68.)

49. Ein auf A. K. zu Sadke gezogener Wechsel enthält unter der Adresse die Worte: Herrn Kaufmann Matuschkin. Der Klg. ließ den Wechsel, der vom Trassaten acceptirt war, dem Kaufmann M. zu Nakel zur Zahlung präsentiren und Mangels Zahlung protestiren und erhob dann Klage gegen den Acceptanten. Dieser wendet ein, es liege hier ein Domicilwechsel vor, der als solcher ungültig sei. Der Einwand ist verworfen, weil kein vom Wohnort des Bezogenen verschiedener Zahlungsort im Wechsel angegeben sei.

Zahlungsort sei mithin der Wohnort des Bezogenen. (6. Febr. 72. M. IV. 22; C. II. S. 120.)

Art. 31, 98⁵.

Präjudiz des Sichtwechsels.

50. Die Bestimmung, daß ein auf Sicht gestellter Wechsel bei Verlust des wechselmäßigen Anspruchs gegen den Aussteller — binnen zwei Jahren nach der Ausstellung zur Zahlung präsentirt werden müsse, bezieht sich nicht auf den Aussteller eines eigenen Wechsels. (10. Oct. 71. M. III. 41; St. IV. 13.)

51. Der Appellationsrichter hat die aus einem trocknen Sichtwechsel gegen den Aussteller angestellte Klage zurückgewiesen, weil keine Präsentation voraufgegangen sei. Mit Unrecht. „Wenn auch die Präsentation vor Anstellung der Wechselklage nicht stattgefunden hat oder versucht worden ist, so genügte doch jedenfalls die gerichtliche Verhandlung, sie zu ersetzen und nachdem Bekl. die Wechselforderung als nicht bestehend bestritten, war der Richter nicht befugt, den Anspruch als verfrüht abzuweisen, um so weniger als ein bezüglicher Einwand nicht einmal erhoben worden ist. Betreffs der Hauptsumme erscheint daher die Wechselklage begründet, nicht aber betreffs der — Zinsen. Der Schuldner hat Zinsen vom Verfalltage an zu zahlen, also bei Sichtwechseln vom Tage der Vorzeigung. Ist die Präsentation deshalb nicht möglich, weil der Schuldner am Zahlungsort keine Wohnung und kein Geschäftslocal hat, so wird sie durch den Nachforschungsprotest (Art. 91, 98) ersetzt." Dieser Protest ist hier versäumt. Daher kann im vorl. Fall der Kläger erst vom Tage der Klagebehändigung an Zinsen fordern. Denn die Klagebehändigung muß „nach den Umständen des Falles" (?) dieselbe Wirkung äußern, welche der Perquisitionsprotest geäußert haben würde. (23. März 72. M. V. 68. C. II. S. 160.)

52. Ein vom Bezogenen am Tage der Ausstellung, dem 21. Juli 1868 acceptirter auf Sicht zahlbarer Wechsel ist ihm erst am 25. August 1871, also nach mehr als 3 Jahren zur Zahlung präsentirt worden. Mit Recht hat der Appellationsrichter angenommen, daß der Wechsel nicht präjudizirt sei. Annahme und Sicht fallen zwar bei befristeten Sichtwechseln zusammen (Art. 19), nicht aber bei einfachen Sichtwechseln, „wenn diese zum Zweck der Begebung oder gar noch der Unterschrift des Ausstellers mit dem Accept versehen werden. In diesem Fall haben Acceptant und Aussteller den Willen, daß erst eine spätere Vorzeigung den Wechsel fällig machen soll, ein solcher Wechsel ist also noch nicht fällig." Der Verfalltag tritt hier, wenn keine frühere Präsentation erfolgt und in Ermangelung besonderer im Wechsel selbst enthaltener Bestimmungen mit Ablauf von zwei Jahren nach der Ausstellung ein. Mit dem Eintritt dieses Verfalltages beginnt erst die dreijährige Verjährung des Anspruchs gegen den Acceptanten. (2. Jan. 72. M. IV. 70; St. V. 34; C. II. 13.)

Art. 36, 76.

Legitimation durch unächtes Indossament.

53. Ein Wechsel an die Ordre von Gottlieb Seeland ausgestellt, ist auf der Rückseite mit einem „Gottlieb Seeland" unterzeichneten, auf den Namen des Klägers lautenden Indossament versehen. Dasselbe ist indeß nicht von G. S., sondern von einem gewissen B., angeblich im Auftrag des Klägers, unterschrieben. Der Appellationsrichter hält dies für ungültig, weil ein Bevollmächtigter nicht mit dem Namen seines Machtgebers, sondern nur mit seinem eigenen Namen unter Erkennbarmachung des Vollmachtsverhältnisses unterzeichnen dürfe. Er folgert hieraus, daß das fr. Indossament kein Wechselrecht auf den Indossatar übertragen habe, mithin nicht geeignet sei, die Legitimation desselben zur Einklagung des Wechsels zu begründen. — Ganz abgesehen von der Voraussetzung, von der der Appellationsrichter ausgeht, so ist seine Folgerung jedenfalls unrichtig; mit ihr spricht der Appellationsrichter den Rechtssatz aus: daß unbedingt der Wechselinhaber, wenn ein zu seiner Legitimation erforderliches Indossament sich als unächt erweist, für legitimirt nicht zu erachten ist. Dieser Rechtssatz in seiner generellen Fassung steht im Widerspruch mit Art. 36 und Art. 76 W.O. (9. Mai 71. M. II. 66; St. II. 35. C. I. 99 (vgl. oben Nr. 40).

Art. 36, 55.

Legitimation des Giratars.

54. Die Giroreihe auf dem Klagewechsel lautet:

Für mich an die Ordre Gebr. Sch.

J. Jmann.

Für uns an die Ordre der Kgl. Bank.

Gebr. Sch.

Inhalt empfangen.

Kgl. Bank-Casse.

Ordre Herrn St. Werth empfangen.

J. Jmann.

Diese Reihe ist unzusammenhängend. St. wird durch dieselbe weder gegenüber dem Acceptanten noch zum Regreß legitimirt. Die N. Beschw. beruft sich darauf, J. Jmann habe sein Giro und das der Gebr. Sch., nachdem er Sch. Wechsel von der Bank eingelöst, durchstreichen dürfen und diese Befugniß mittels Giros auf St. übertragen. Unrichtig. „Allerdings darf nach Art. 55 ein Indossant, der im Regreßwege einen seiner Nachmänner befriedigt, also einen gehörig protestirten Wechsel eingelöst hat, sein eignes und seiner Nachmänner Indossament ausstreichen. Er erscheint auch ohne diese Durchstreichung vermöge des Besitzes der Tratte und des Protestes seinerseits zum Regreß und zur Belangung des Acceptanten legitimirt. Aber im vorl. Fall handelt es sich um eine Tratte, die nicht im Regreßwege eingelöst, sondern von einem Indossanten durch Befriedigung eines seiner Nachmänner wiedererworben war und zur Erlangung des Regresses dem Acceptanten erst präsentirt werden mußte. Für die Legitimation zu dieser Präsentation entscheidet Art. 36 und dieser bestimmt zwar, daß ausgestrichene Indossamente bei der Legitimationsprüfung als nicht vorhanden

anzusehen, besagt aber nicht, daß Indossamente, welche — hätten ausgestrichen werden können, jedoch nicht ausgestrichen sind, als nicht geschrieben gelten sollten. M. a. W. er verlangt eine formale aus dem Wechsel selber ablesbare Continuität der Indossamente, nicht aber obtrudirt er dem Präsentaten eine schwierige, aus der materiellen Rechtsstellung einzelner Giratare zu entscheidende Prüfung der Frage, ob stehengebliebene Giri vom Präsentanten oder seinem „Autor" hätten vernichtet werden dürfen. — Ob sich diese Sätze dann modifiziren, wenn eine Quittung des letzten Giratars auf dem Wechsel einen Vormann als Zahlungsleister benennt und dieser Vormann sodann ohne Durchstreichung der Nachindossamente den Wechsel begiebt, — kann auf sich beruhen". (24. Jan. 71. M. I. 70; St. I. 39; C. I. 4.)

Art. 36, 51, 55.

Legitimation des einlösenden Vormannes.

55. Der als Indossatar legitimirte Wechselinhaber, welcher den Wechsel eingelöst hat, ist auch ohne Durchstreichung der späteren Indossamente und ohne Rückgiro zum Regreß gegen seine Vormänner befugt. (20. Jan. 71. M. I. 68; C. I. 72.

56. „Kläger hat in der Klage behauptet, daß der Wechsel nebst Protest und Retourrechnung am 23. Nov. an ihn zurückgekommen sei, in der Appellinstanz außerdem, daß er den regredirenden Vormann, die Frankfurter Gewerbekasse, befriedigt habe. Diese Behauptung ist, soweit es sich um die Statthaftigkeit der Regreßklage handelt, unerheblich, da der Indossatar durch den Besitz des Wechsels und des Protestes zur Regreßklage ausreichend legitimirt ist. Art. 36." (Die nicht aus dem Wechsel hervorgehenden Nebenkosten kamen im vorl. Fall nicht in Frage. 19. Sept. 71. M. III. 26; St. III. 63.)

Art. 36, 16².

Giro an den Domiciliaten.

57. Klägerin, Domiciliatin einer Tratte, hat den bei ihr M. Z. protestirten Wechsel am 5. Sept. 71 an den Inhaber gezahlt und ausgehändigt erhalten, demnächst am 7. October 71 von dem bezahlten Inhaber auf sich giriren lassen und nunmehr gegen die Ausstellerin des Wechsels eingeklagt. Dies ist unzulässig. Eine vom Trassaten oder für denselben geleistete Zahlung der Wechselsumme schließt den Regreß M. Z. aus. Dies gilt nicht nur von der Zahlung, die vor, sondern auch von der, die nach erhobenem Protest erfolgt, sofern sie den nunmehr erhöhten Anspruch des Wechselinhabers deckt. „Daß der Bezogene als solcher, mag er acceptirt haben oder nicht, den Wechsel nicht animo solvendi, sondern animo emendi bezahle, nicht in der Absicht, die Wechselschuld zu tilgen sondern sich selber und andern eine neue Wechselforderung zu schaffen, ist rechtlich undenkbar, mit dem Wesen des in der Tratte liegenden Zahlungsauftrags unvereinbar und mit dem Zwecke des Wechselinstituts wie mit dem vernünftigen Willen aller Betheiligten in Widerspruch. Bei entgegengesetzter Annahme stände es in der Willkühr des Trassaten, nicht allein den Lauf des Wechsels beliebig

zu verlängern, sondern auch an Stelle seines möglichen civilrechtlichen Deckungsanspruches einen wechselrechtlichen Regreßanspruch zu setzen. Will er letzteres, so mag er den Wechsel kaufen oder zu Ehren des Trassanten interveniren. Aus dem Umstand allein, daß er erst nach erhobenem Protest zahlt, folgt diese Intervention nicht. Eine Einlösung im Regreßwege endlich ist für den Trassaten, welcher nicht acceptirt hat, unmöglich und für den Acceptanten nutzlos. — Die gleichen Grundsätze gelten vom Domiciliaten. Die Benennung eines Domiciliaten bezweckt stets und lediglich, einen Vertreter des Bezogenen für die Zahlung zu schaffen. Erfolgt die Benennung durch den Bezogenen, so ist der Domiciliat Beauftragter wie Vertreter des Bezogenen. Erfolgt die Benennung durch den Aussteller, so ist er Vertreter des Ausstellers, wird aber zum Vertreter auch des Bezogenen, falls dieser acceptirt, in allen Fällen aber Vertreter des Bezogenen in der Zahlung. Will er nicht als Vertreter des Bezogenen zahlen, sondern interveniren, so muß er dies unzweideutig erklärn. Will er, was ihm freisteht, nicht zahlen, sondern den Wechsel kaufweise erwerben, so bedarf es der gleichen unzweideutigen Erklärung. In der nackten Erklärung: wir bezahlen den Wechsel, liegt weder eine Interventions- noch die Kaufabsicht ausgesprochen, vielmehr das Gegentheil: den ertheilten Zahlungsauftrag als Vertreter des Bezogenen ausführen zu wollen. Sogar daraus, daß er den Wechsel, statt einfach quittiren zu lassen, auf sich indossiren läßt, folgt sein Wille, den Wechsel nicht zu zahlen, sondern käuflich zu erwerben, keineswegs, noch weniger kann es ihm freistehen, den ursprünglich erklärten Zahlungswillen längere Zeit nachher in einen Erwerbswillen umzuwandeln."

Im vorl. Fall besteht zwar die Wechselobligation, da der Wechsel nicht quittirt worden ist, formell fort. Indeß ist es ein Mißbrauch, sich wissentlich des bezahlten Wechsels zu bedienen, der Klägerin steht daher der Einwand der Zahlung als exceptio doli entgegen. Ueberdies aber kann sie, da ihr das Giro erst nach Verfall ertheilt worden ist, nur die Rechte ihres Giranten geltend machen, muß also wie jeden anderen gegen ihren Giranten zustehenden Einwand, auch den Einwand der Zahlung gegen sich gelten lassen.

Die Klg. stützt sich endlich auf die Vorschriften des Allg. L.-R.'s I. 16 §. 50 und I. 11 §. 442, wonach derjenige, der eine fremde Schuld bezahlt, von dem befriedigten Gläubiger jura cessa verlangen darf. Indeß fehlt es im vorl. Fall an der Voraussetzung für diese Bestimmung, daß der bezahlte Gläubiger überhaupt im Stande sei, Ansprüche abzutreten. Wer für den Acceptanten, d. h. als Vertreter desselben zahlt, mag von dem bezahlten Wechselinhaber Abtretung seiner Rechte gegen den Acceptanten fordern dürfen und es kann dahin gestellt bleiben, ob diese Abtretung schlechthin oder auch nur statthafterweise in Form der Wechselgirirung zu erfolgen habe. Allein unter keinen Umständen darf er Girirung des Wechsels zu dem Zwecke verlangen, um nunmehr an den Trassanten und die Giranten des Wechsels sich zu halten. Denn deren Verpflichtungen sind durch die vom Acceptanten oder für denselben geleistete Wechselzahlung erloschen, weil sie nur für den Fall bestanden, daß der Bezogene nicht zahlte. Die Unanwendbarkeit der landrechtlichen Vorschriften auf Fälle dieser Art folgt unmittelbar aus der Natur der Wechselverpflichtungen. (13. Febr. 72. M. V. 29.; C. II. S. 317; unten Nr. 11.)

Art. 37.

Effectiv.

58. Ein in Genua ausgestellter Wechsel lautet über „la somma di Frs. 423. 40 cts. in oro". Das O.H.G. findet, daß hier die Zahlung in Gold effectiv versprochen worden und daß mithin Bekl. zur Zahlung dieser Summe in Goldfranken verpflichtet sei. (20. Jan. 71. M. I. 6. C. I. 72.)

Art. 39, 36.

Quittungsvermerk. Wirkung desselben.

59. Ein domicilirter Wechsel ist am Verfalltage Mangels Zahlung protestirt worden und wird jetzt eingeklagt. Zur Zeit der Protestaufnahme stand auf dem Wechsel ein vom Inhaber unterschriebener Quittungsvermerk, der jetzt durchstrichen ist. Es wird eingewendet, daß durch die Quittung die Form des Wechsels zerstört worden sei. Mit Unrecht. Die auf einem Wechsel befindliche Quittung, welche durchstrichen ist, muß als nicht vorhanden gelten. Es ist ein im kaufmännischen Verkehr nicht ungewöhnliches, nach der Bestimmung des Art. 39 sehr erklärliches Verfahren, daß der Inhaber des Wechsels, um diesen einzukassiren, im Voraus seinen Quittungsvermerk auf denselben setzt und ihn so zur Zahlung präsentiren läßt". „Wer einen solchen von ihm selbst quittirten Wechsel zur Zahlung präsentiren läßt, erklärt damit unzweideutig, daß die Quittung nur eine vorläufige, für den Fall der Zahlung beigesetzte, im Fall der Nichtzahlung aber wieder zu löschende sei". — Demnach wird auch im vorl. Fall durch die Protesturkunde im Grunde nur dargethan, daß die Voraussetzung, unter welcher die Quittung beigesetzt ist, nicht eingetreten sei; es ist aber offenbar ungerechtfertigt, die spätere Durchstreichung der Quittung als ungiltig zu betrachten. (8. Sept. 71. M. III. 19; St. III. 45; C. II, S. 39.)

Klage aus einem arrestirten Wechsel.

60. Zur Begründung der Wechselklage gehört nicht die vorherige oder gleichzeitige Aushändigung des Wechsels oder das Erbieten hierzu. Selbstverständlich braucht der Wechselschuldner die wirkliche Zahlung nur gegen Aushändigung des Wechsels zu leisten. Dies ist aber ganz unabhängig davon, ob der Wechselgläubiger sich bei Anstellung der Klage dazu erboten hat oder ob bei der Verurtheilung des Schuldners ein Vorbehalt dieserhalb gemacht ist. Der Umstand, daß aus der Beschlagnahme des Wechsels (unten Nr. 11) möglicherweise Schwierigkeiten betr. die Aushändigung entstehen können, steht daher der gegenwärtigen Klage eben so wenig entgegen, wie daß über die Frage, wer Eigenthümer des Wechsels sei, in einem andern Proceß (zwischen Klg. und einem Dritten) gestritten wird. — „Hat nun, nachdem im Laufe des Processes die Deposition der Wechselsumme bewirkt worden, Kläger sich damit einverstanden erklärt, und in eine entsprechende Modification der Verurtheilung — gewilligt, so ist dies nicht in Folge rechtlicher Nothwendigkeit auf Grund des Art. 40 geschehen. — Klg. hat jedenfalls dadurch daß er sich mit der Deposition einverstanden erklärte, seinen ursprüng-

lichen Klageantrag nicht zurückgenommen, vielmehr dem Wesen nach aufrecht erhalten." Daher es auch gerechtfertigt ist, wenn die Bekl. verurtheilt sind, „gegen Aushändigung des Wechsels in die Auszahlung der deponirten Summe an den Klg. zu willigen. Der Frage, wem das Eigenthum des Wechsels zustehe und wem schließlich die deponirte Summe zukomme, ist damit nicht vorgegriffen." (31. Juli 71. St. III. 33; unten Nr. 64.)

Art. 39.

Aushändigung des Wechsels in der Executionsinstanz.

61. Dem Antrag auf Vollstreckung eines Wechseljudicats wollte die I. Instanz nur stattgeben, wenn zuvor der dem Kläger zurückgegebene Originalwechsel wieder eingereicht werde, weil nach Art. 39 Al. 1 der Wechselschuldner nur gegen Aushändigung des quittirten Wechsels zu zahlen verpflichtet sei. In II. Instanz wurde unter Aufhebung dieser Verfügung angeordnet, daß dem Antrag auf Auspfändung ohne Weiteres stattzugeben sei, da der Art. 39 Al. 1 in dem Falle, daß der Wechselschuldner an den Executor Zahlung leiste, nicht zutreffe. Die Einhändigung der schuldigen Summe an den Executor sei nicht Erfüllung der Verbindlichkeit durch Uebereignung des Geldes an den Gläubiger. Die Execution ziele darauf ab, den Schuldner zur Erfüllung dieser Verbindlichkeit zwangsweise anzuhalten. Wenn der Schuldner das Geld, statt es dem Gläubiger unmittelbar zuzustellen, dem Executor einhändige, so handle der dasselbe entgegennehmende Executor nicht sowohl als Stellvertreter des Gläubigers, sondern des Schuldners, in dessen Namen er, als sein Bote, das Geld dem Gläubiger zu übertragen habe, so daß der Act der Zahlung erst durch die vom Executor an den Gläubiger erfolgende Ausantwortung des Geldes beschafft werde. Wenn es daher der Schuldner vorziehe, auf diesem Wege (durch Vermittelung des Executors) die Befriedigung des Klägers bewerkstelligen zu lassen, so sei es auch seine Sache, dafür zu sorgen, daß dem Kläger das Geld nicht anders als gegen Zurückgabe des quittirten Wechsels ausgehändigt werde. — Auf die Beschw. des Bekl. ist diese Verfügung vom O.H.G. gebilligt worden, mit folgenden zusätzlichen Gründen: Der Art. 39 könne bei der Auspfändung in der Executionsinstanz keine unmittelbare sondern nur eine modificirte Anwendung derart finden, daß der Gläubiger bei Empfang des Kauferlöses den auf einer Wechselabschrift zu quittirenden Betrag auf den Wechsel abzuschreiben, resp. wenn er voll befriedigt wird, den Wechsel quittirt dem Vollstreckungsbeamten auszuhändigen hat. Der Wechselschuldner kann in diesem Fall auch nicht verlangen, daß ihm der Wechsel in seiner Wohnung oder in seinem Geschäftslocal ausgehändigt werde. „Da er durch seinen Zahlungsverzug dem Gläubiger verpflichtet ist in id quod ejus interest moram factam non esse, so kann er nicht verlangen, daß der Gläubiger einen wiederholten Weg nach seiner Wohnung mache, er muß vielmehr nunmehr dem Gläubiger den Betrag der Schuld in dessen Geschäftslokal oder Wohnung bringen oder bringen lassen und kann der Gläubiger bis dahin den Wechsel in seiner Gewahrsam behalten." (Nach gemeinem und meklenb. Recht. 13. Apr. 72. M. V. 89. C. II. S. 416.)

Art. 40 (98, Nr. 5).

Verzug des Ausstellers eines trockenen Wechsels.

62. „Der Aussteller eines trockenen Wechsels ist Verzugszinsen von der Wechselsumme nur nach der Präsentation des Wechsels zu zahlen verbunden. Die W.-O. enthält keine Bestimmung, woraus zu entnehmen wäre, daß die Wechselsumme unter allen Umständen und ohne Rücksicht auf die Präsentation des Wechsels vom Verfalltage an verzinst werden müßte, vielmehr ist die Verpflichtung des Ausstellers zur Zinszahlung dadurch bedingt, daß ein Zahlungsverzug dargelegt wird. Ein solcher ist aber nicht ohne weiteres anzunehmen, wenn nicht am Verfalltage Zahlung geleistet wird, da der Wechselaussteller, welcher, zumal wenn der Wechsel an die Ordre des Remittenten ausgestellt ist, am Verfalltage die Person des Wechselgläubigers nicht kennt, erwarten darf, daß der Inhaber des Wechsels unter Präsentation desselben am Zahlungsorte (Art. 97) die Zahlung fordere und gegen Zahlung der Wechselsumme die Wechselurkunde dem Schuldner aushändige. Hiernach ist die Regel dies interpellat pro homine auf den Wechselverfalltag nicht anwendbar. Nach Art. 40 und 98 Nr. 5 ist der Aussteller zwar, wenn die Zahlung des Wechsels zur Verfallzeit nicht gefordert wird, zur Deposition der Wechselsumme berechtigt, aber nicht verpflichtet. Die Unterlassung der Deposition kann daher eine Pflicht zur Zahlung von Verzugszinsen nicht begründen." (6. April 72. M. V. 86.)

Art. 41 (36[1], 87, 88).

Legitimation zur Protesterhebung.

63. Bekl. bestreitet die Rechtsgültigkeit des Protestes mit Unrecht. Sein Grund ist: die Protesterhebung erfolgte nicht im Namen des wirklichen Eigenthümers J. E., sondern auf Grund eines von diesem ausgestellten Blancogiros im Namen des Privatier Th., welcher in der That nie Eigenthümer des Wechsels, vielmehr nur vorgeschoben war, um etwaige Einwände des Wechselschuldners zu beseitigen. Dies ist zwar im vorl. Fall thatsächlich richtig, aber vollständig unerheblich, denn nach Art. 36 ist jeder Inhaber eines Wechsels, welcher durch eine zusammenhängende Reihe von Indossamenten legitimirt ist, befugt, am Verfalltage Zahlung zu verlangen und im Fall der Zahlungsverweigerung Protest zu erheben. — — Die Frage, ob Th. wirklicher Eigenthümer des Wechsels oder nur eine vorgeschobene Person war, ist für die formale Gültigkeit des Protestes ohne Bedeutung. (23. Apr. 72. M. V. 97. C. II. 42.)

Art. 41, 43, 88.

Protestirung eines mit Beschlag belegten Wechsels.

64. Es wird aus einem rechtzeitig protestirten Domicilwechsel, der zur Zeit der Protestaufnahme gerichtlich mit Beschlag belegt war, Klage erhoben. Seitens der Bekl. wird Ungültigkeit des Protestes behauptet, weil demselben nicht ein Erbieten der Aushändigung des Wechsels voraufgegangen ist. Ein solches Erbieten gehört aber weder zu den gesetzlich vorgeschriebenen Förm-

lichkeiten des Protests (Art. 88), noch ist es der Natur der Sache nach rechtlich nothwendig. Der Wechsel muß nach Art. 41 u. 43 zur Zahlung präsentirt werden. Dies ist aber nicht gleichbedeutend mit „den Wechsel zur Aushändigung offeriren". — Die Aushändigung des Wechsels ist nicht die vertragsmäßige Leistung, welche der vom Wechselschuldner begehrten Zahlung vorauszugehen braucht, — vielmehr ergiebt sich aus Art. 39 nur, daß Zahlung und Aushändigung des Wechsels Zug um Zug erfolgen muß. „Im Moment der Protesterhebung aber handelt es sich noch nicht um die wirkliche Zahlung. Der protestirende Beamte hat nicht die Wechselsumme zu erheben sondern den betreffenden Verpflichteten zur Zahlung an den Berechtigten aufzufordern und dessen Erklärung entgegenzunehmen, nicht aber demselben den Wechsel gegen Zahlung auszuhändigen oder seine Aushändigung anzubieten." — Im vorl. Fall ist der Wechsel dem Domiciliaten vorgelegt; dieser hat erklärt, er könne nicht Zahlung leisten, weil er keine Deckung erhalten habe. Damit war die Sache erledigt. Dem Domiciliaten gegenüber cessirte damit jede Verpflichtung zur Aushändigung des Wechsels und die Frage, ob dieselbe eintretenden Falles hätte bewirkt werden können, blieb auf sich beruhen. Die Weigerung konstatirte, daß die Bekl. ihrerseits mit Erfüllung ihrer Wechselverpflichtung im Verzug waren und gewährte somit die Berechtigung zur Erhebung des Protestes Mangels Zahlung. (31. Juli 71. M. III. 33. oben Nr. 56.)

Art. 41.

Vis major.

65. Höhere Gewalt entschuldigt das Unterbleiben oder die Verzögerung der Protestaufnahme nicht. (21. Febr. 71. M. I. 81. St. I. 42; C. I. S. 491.)

Art. 41 (91).

Protest nicht beim Trassaten.

66. Die Trassantin macht geltend, daß der Domicilvermerk auf den von ihr ausgestellten Wechsel erst nach ihrer Unterschrift gesetzt worden sei, daß deshalb der beim Domiciliaten erhobene Protest ihr gegenüber nicht durchgreife. Der Einwand ist erheblich (unten Nr. 11). Es läßt sich dagegen nicht geltend machen, daß durch den Protest nur die Präsentation des Wechsels an den Acceptanten und dessen Zahlungsweigerung urkundlich festgestellt werden soll, im vorl. Fall aber der mitbekl. Acceptant die Giltigkeit des gegen ihn erhobenen Protestes gar nicht geleugnet hat. Das Recht der Trassantin, daß der Wechsel dem von ihr im Wechsel bezeichneten Trassaten selbst und auch an dem von ihr bezeichneten Orte vorgelegt werde, war ein selbständiges, das ihr durch eine entgegenwirkende Erklärung des Trassaten nicht entzogen werden konnte. Deshalb steht auch ein Anerkenntniß der Giltigkeit des Protests Seitens des Acceptanten, der Bekl. als Ausstellerin des vorl. Wechsels nicht entgegen. (27. Juni 71. M. III. 9; St. III. 26. vgl. Erk. v. 20. Jan. 71. C. V. 93 — ferner Erk. v. 13. Jan. 72. (In diesem letzteren Fall war ein Blancoaccept gegeben worden. Der Aussteller

hatte dem Namen des Trassaten ein Wechseldomicil hinzugefügt. Nach dem concreten Sachverhalt wurde dies für zulässig erachtet.) (C. II. 189.)

Art. 42, 79.

Erlaß der Präsentation. Einwand der Verjährung.

67. Es handelt sich um eine den Bestimmungen des sächs. Ges. vom 8. Juni 1849 unterliegenden also in ihren Wirkungen nach Wechselrecht zu beurtheilende kaufmännische Anweisung, die in Chemnitz ausgestellt, in Paris am 6. Oct. 1870 zahlbar war und die jetzt gegen den sächs. Aussteller eingeklagt wird. Der Assignat war genöthigt worden, Paris zu verlassen. Dies meldete der Bekl. dem Klg., mit dem Ersuchen, ihm Mittheilung zugehen zu lassen, in welcher Weise er (Bekl.) die Deckung besorgen könne In dem französisch abgefaßten Schreiben hieß es ferner: Er, Bekl., habe keine Lust Protestkosten zu zahlen, denn er sei nicht schuld an den vom Gouvernement zu Paris getroffenen Maßregeln. Kläger möge demnach Veranstaltung treffen, daß kein Protest erhoben werde; er, Bekl., halte den Betrag der Anweisung zur Disposition dessen, der ihm dieselbe präsentiren werde. — Erst am 11. September 1871 erfolgte die Vorlegung der Anweisung an den Assignaten und demnächst die Protesterhebung. — Auf Grund dieses Sachverhaltes hat das O.H.G. die Verurtheilung des Bekl. ausgesprochen und dabei ausgeführt:

a) Die Protestaufnahme war verspätet — vgl. Erk. vom 21. Februar 1871 — oben Nr. 11.

b) In dem angef. Schreiben des Bekl. liegt aber ein Erlaß — der Protestaufnahme sowohl wie der Präsentation. Rechtlich zulässig ist der Erlaß der letzteren, denn daraus, daß Art. 42 nur des Protestes gedenkt, folgt nicht, daß ein Erlaß anderer Art ausgeschlossen wäre. Factisch begründet erscheint diese Annahme deshalb, weil Bekl. in dem erw. Briefe ausdrücklich auf die Unmöglichkeit der Einhaltung der Wechselformalitäten gegen die Assignaten hinweist, indem diese, wie er bemerkt, gezwungen worden seien, Paris zu verlassen. Er konnte also nicht wohl, indem er den Protest erließ, die Forderung der völlig nutzlosen, ja nach den Umständen unmöglichen Präsentation aufrecht erhalten wollen.

c) Der Einwand der Verjährung greift nicht durch. Gegen den Kläger als Indossanten lief die Verjährung erst vom Tage der Einlösung an (Art. 79). Diese kann im vorl. Fall vor dem 7. September 1871, dem Tage der Protesterhebung nicht erfolgt sein, da sich an diesem Tage noch die Bank von Frankreich im Besitz des Papiers befand, die jetzige Klage aber ist schon im Oct. 1871 angestellt. „Daß den Nachmännern des Klg. gegenüber, als letzterer das Papier einlöste, die Wechselforderung bereits verjährt gewesen, hat Bekl., wie ihm zur Substantiirung seiner Exception obgelegen haben würde, nicht behauptet. Der Acteninhalt aber bietet dafür um so weniger einen Anhalt, als die Verhältnisse der französischen Indossanten unter sich in einer auch von den inländischen Wechselverpflichteten anzuerkennenden Weise sich nach dem für sie geltenden örtlichen, im vorl. Fall also französischen Recht normirten."

d) Die Verurtheilung muß nach dem ganzen Umfang der Klagebitte, also auch wegen der Nebenforderungen erfolgen (Art. 50, 51). Insbesondere sind die Protestkosten zu ersetzen. Diese Verpflichtung würde nur dann cessiren, wenn der Protest als eine schlechthin nutzlose und überflüssige Maßregel erschiene. Dies ist aber hier nicht der Fall, denn der nachträgliche Protest war nothwendig für die Rechte der französischen Wechselverpflichteten unter einander. (9. Febr. 72. M. V. 23; C. II. 75. Vgl. auch Erk. v. 5. Sept. 71. C. I. S. 304.)

Art. 43.

Einlösender Domiciliat.

68. Der Domiciliat, der zugleich Aussteller des an eigne Ordre gezogenen Wechsels ist und den weiter begebenen Wechsel am Verfalltage gegen Quittung einlöst, ohne ihn zuvor Mangels Zahlung protestiren zu lassen, verliert den regreßmäßigen Anspruch gegen den Acceptanten. (23. März 72. M. V. 67.)

Art. 45.

Erforderniß der Notification.

69. Die Berufung auf die rechtzeitige Benachrichtigung des unmittelbaren Vormannes gehört nicht zur Begründung des Anspruchs auf Zinsen, Provision und Kosten, sondern es ist Sache der Einrede, den Mangel derselben geltend zu machen. Diese Einrede steht auch dem Trassanten zu. Die Behauptung des Imploranten, daß dem Trassanten überhaupt nicht notifizirt zu werden brauche, weil derselbe kein Vormann im Sinn des Art. 45 sei, ist unbegründet. Vormann ist jeder Regreßpflichtige. Im vorl. Fall ist aber die Einrede unbegründet, „denn Bekl. hat überall nur eingewendet, daß die Benachrichtigung an ihn nicht und namentlich nicht rechtzeitig erfolgt sei; daß der unmittelbare Vormann des Bekl. nicht oder doch nicht rechtzeitig benachrichtigt worden sei, hat Bekl. nirgends behauptet, sondern nur das Gegentheil bestritten, in welchem Bestreiten die erforderliche positive Behauptung nicht gefunden werden kann." (14. März 71. M. II. 28; St. I. 62; C. I. 118. Ebenso Erk. v. 21. Apr. 71. M. II. 50; St. II. 8.)

Art. 50, 51.

Natur der Zinsen.

70. Die nach Art. 50, 51 vom Regreßpflichtigen zu zahlenden Zinsen sind keine Verzugszinsen. Ein Verzug des Regreßpflichtigen ist gesetzlich nicht erforderlich, „ja es wird sogar als Regel angenommen werden dürfen, daß ein Verzug am Verfalltage resp. Zahlungstage (dem dies a quo der Zinsen) noch nicht vorlag. An diesem Tage wird nämlich der regreßpflichtige Vormann regelmäßig überhaupt noch nicht wissen, daß er im Regreßwege in Anspruch genommen werden wird". — Vielmehr fallen diese Zinsen unter den Begriff der Legalzinsen. „Das Gesetz hat das Interesse der Nichterfüllung des Garantieversprechens im Art. 50, 51 normirt und einen Factor dieses

Interesses bilden auch die vom Gesetz zugebilligten Zinsen. Diese für den Regreßfall statuirten Grundsätze finden auch auf die Verpflichtungen des Acceptanten einer Tratte und des Ausstellers eines trockenen Wechsels in dem Falle Anwendung, wenn ein bestimmter Domiciliat benannt ist." Daraus ist (für das Gebiet des gemeinen Rechts) die Consequenz gezogen, daß in diesen Fällen der Zinsenlauf durch Concurseröffnung über das Vermögen des Verpflichteten nicht gehemmt wird, was für Verzugszinsen bekanntlich sehr bestritten ist. (15. Mai 72. M. VI. 31.)

Art 62, 61, 16^2.

Begebung nach der Einlösung durch die Nothadresse.

71. Der Trassant hat sich selbst als Nothadresse bezeichnet. Der letzte Giratar ließ ihm denn auch den Wechsel, sofort nachdem er beim Acceptanten protestirt war, vorlegen, worauf Seitens des Trassanten erklärt wurde, er intervenire zu Gunsten seiner eigenen Firma. Gegenwärtig hat der vorletzte Giratar gegen den Acceptanten Klage erhoben. Im Laufe des Processes ist festgestellt, daß der Aussteller und Nothadressat in dieser doppelten Eigenschaft den Wechsel vom letzten Giratar durch Baarzahlung eingelöst habe. Die Klage ist abgewiesen worden, weil dem Kläger die Legitimation fehlt. Bei einer gewöhnlichen Tratte würde dieselbe durch den Besitz des Wechsels und des Protestes in Verbindung mit dem vorletzten auf den Kläger lautenden Giro geführt sein. Es wäre alsdann anzunehmen, daß Kläger den Wechsel von seinem Nachmann eingelöst habe (Art. 36, 54, 55). — Dies trifft bei dem mit einer Nothadresse versehenen Wechsel nicht zu, da hier der Wechsel bei Verlust jedes Regresses der Nothadresse vorgelegt werden mußte (Art. 62). Durch die Zahlung tritt der Ehrenzahler in die Rechte des Inhabers gegen den Honoraten, dessen Vormänner und den Aussteller (Art. 61, 2). Ist der Honorat der Aussteller, so erwirbt demnach der Ehrenzahler keine Regreßrechte, sondern er tritt nur wieder in seine Rechte als Aussteller. — Will er die Tratte von Neuem übertragen, so ist dies eine eine neue Begebung nach dem Protest M. 3. (Art. 16, 2). „Mag diese Begebung unter Umständen durch Benutzung eines vorhandenen Blancogiros geschehen können; in Ermangelung eines solchen bedarf es dazu eines neuen Indossaments des Ausstellers. Die früheren Indossamente sind dazu ungeeignet, denn ihre Geltung ist durch die Einlösung des Wechsels durch den Aussteller als substituirten Trassaten, als Zahler zu eignen Ehren erloschen." (17. Mai 72. M. VI. 33.)

Art. 13.

Rechte aus dem abhanden gekommenen Wechsel.

72. Das Recht aus einem abhanden gekommenen gezogenen Wechsel auf Zahlung gegen Sicherstellung oder auf Deposition zu klagen, steht nur gegen den Acceptanten, nicht gegen die Vormänner (Aussteller und Indossanten) zu. — (20. Dez. 70. M. I. 50; St. I. 22; C. I. 25.)

Art. 74, 40, 73.

Mit Arrest belegte Wechselforderung.

73. Wird eine Wechselforderung mit Arrest belegt, ohne daß der ihr zu Grunde liegende Wechsel ebenfalls in gerichtlichen Beschlag genommen wird, bleibt sonach der freie Umlauf dieses Wechsels ungehemmt, so kann eine solche Arrestlegung den späteren redlichen Erwerber und Inhaber des Wechsels unmöglich tangiren; dieser erscheint vielmehr befugt, seine Wechselforderung gegen den Wechselschuldner geltend zu machen, wobei hier (im vorl. Fall) beim Mangel desfallsiger Behauptungen dahin gestellt bleiben kann, ob einem solchen Wechselgläubiger der Einwand entgegengesetzt werden dürfe, daß er vor oder bei dem Erwerb des Wechsels von der Arrestlegung Kenntniß gehabt habe. Diese Entscheidung stützt sich wesentlich auf Art. 36, wonach der durch eine zusammenhängende Reihe von Indossamenten legitimirte Wechselinhaber vom Wechselschuldner Zahlung zu verlangen befugt und nicht verpflichtet ist, sich die Deposition der Wechselsumme gefallen zu lassen, auch wenn einer seiner Vormänner den Wechsel durch ein unechtes Indossament erworben hat, sofern er nur seinerseits beim Erwerb in gutem Glauben war und ihm grobe Fahrlässigkeit nicht zur Last fällt. (Art. 74.) „Mit diesem Grundsatz ist es schlechthin unverträglich, den Wechselinhaber, welcher in ihm nicht anzurechnender Unkenntniß eines gegen einen Vormann verhängten Arrestes den Wechsel erwarb, ungünstiger zu beurtheilen." — Hiernach ist die entgegengesetzte Auffassung des Preuß. Ob.Trib.'s (Seuffert, Arch. Bd. 11 S. 426. Borchardt, Allg. W.O. 5. Ausg. S. 339 Zus. 540*) vom Ob.H.Ger. reprobirt worden. Das Ob.Trib. hat geltend gemacht: „Wenn auch bei der Arrestanlegung der Wechsel selbst in Circulation geblieben sei, so sei doch der Schuldner durch die Arrestirung in eine Lage gebracht worden, in welcher er, wenn er an einen Dritten zahle, dem gerichtlichen Befehl ungehorsam werde und sich der Vertretung aussetze, jener Befehl erzeuge für ihn selbstständige, vom W.R. unabhängige Wirkungen, die dadurch hervorgerufene Lage sei nicht mehr eine rein wechselrechtliche, sondern zugleich eine wesentlich civilrechtlich zu beurtheilende geworden." Das Argument trifft nicht zu, denn im vorl. Fall ist der Arrest gegen St. (den Aussteller) angelegt; dem Bekl. (Acceptanten) ist in der Arrestverfügung nur befohlen, nicht an den St. oder auf dessen Anweisung zu zahlen. Der jetzige Kläger ist aber ein Giratar, dessen Recht durch jenen Arrest nicht tangirt wird. „Der Bekl. wird also, wenn er die Zahlung auf Grund eines richterlichen Urtheils, also nicht eigenmächtig, sondern kraft gesetzlicher Verpflichtung an den Kläger leistet, jenem Befehl nach dessen gesetzlichem und in seiner Wirksamkeit durch die W.O. modifizirtem Sinn nicht ungehorsam. Diese Lage würde sogar dieselbe bleiben, wenn jener Befehl dahin ergangen wäre, die Zahlung auch keinem der etwaigen Giratare des Wechsels zu leisten, da durch solchen Befehl, wenn dabei der Wechsel in freier Circulation belassen wird, das gesetzliche Recht der Giratare nicht beschränkt werden kann." — Ein zweiter Grund des Ob.Trib.'s, es dürfe die Rechtmäßigkeit des Arrestes im Wechselprozeß keiner weiteren Beurtheilung unterzogen werden, ist ebenso wenig zutreffend, denn hier steht nicht die Rechtmäßigkeit des angelegten Arrestes, sondern die Wirkung desselben gegen den jetzigen Kläger in Frage. Endlich

hat sich das Ob.Trib. darauf berufen, daß nach dem Leipz. Konf.-Protokolle Nr. XIV. die Befugniß des Wechselschuldners zur gerichtlichen Deposition des fälligen Wechselbetrages nicht auf die in den Art. 40, 73 bestimmten Fälle beschränkt sei, sondern nach richterlichem Ermessen auch in andern geeigneten Fällen erfolgen könne. — Aber doch nicht in solchen Fällen, in denen die Deposition mit den Grundsätzen der W.O. in Widerspruch steht. (7. Juni 72. M. VI. 51. oben.)

Art. 75, 76.

Wechselfälschung.

74. Die Behauptung des Bekl., daß die Wechselsumme aus 164 in 464 Fl. gefälscht sei, ist nur dann erheblich, „wenn sie auf eine nach seiner Unterschrift erfolgte Aenderung geht, denn wenn sie vor seiner Unterschrift erfolgt wäre, so würde in letzterer eine Genehmigung der Aenderung liegen, sofern nicht Bekl. darlegte, daß er bei der Unterschrift über den Inhalt des Schriftstücks getäuscht sei." — Der App.-Richter hat in Betr. der Fälschung auf einen vom Bekl. deferirten Eid erkannt. Bekl. beschwert sich über die Vertheilung der Beweislast. Mit Unrecht; Kläger hat das Fundament seines Anspruchs durch Vorlegung der äußerlich an keinem Mangel leidenden Wechselurkunde erbracht, deren Unterschrift vom Bekl. rekognoszirt ist. Bekl. muß darnach den Nachweis der Fälschung übernehmen. (6. Apr. 72. M. V. 86.)

Art. 78, 79.

Verjährung der Regreßklage.

75. Ist der Protest erlassen, so läuft die dreimonatliche Verjährung von dem Tage an, wo derselbe hätte erhoben werden müssen, wenn er nicht erlassen worden wäre. (13. Jan. 72. M. IV. 76.)

76. Die Verjährung der Regreßklage gegen Kläger (Indossanten) begann nicht schon mit dem Tage des erhobenen Protestes, sondern erst mit dem Tage, an welchem er die beiden Wechsel eingelöst hat, oder aber an welchem ihm die Klage auf Zahlung behändigt worden ist, Art. 79. Diesen Tag haben weder Kläger noch Bekl. angegeben. — Unter diesen Umständen war der Verjährungseinwand als unsubstantiirt zurückzuweisen. Die mehrfach aufgestellte Ansicht, daß die zeitige Einlösung oder die Einhaltung der Verjährungszeit das Fundament der Regreßklage sei oder zu den Regreßbedingungen gehöre, widerstreitet der Natur der Verjährung, welche bereits begründete Rechte aufhebt. (14. März 71. M. II. 28. St. III. 62. Uebereinstimmend Entsch. vom 19. Sept. 71. M. III. 26; St. III. 63.)

77. a) Der Beginn der Verjährung für die Regreßklage datirt zwar nach dem Wortlaut des Art. 79 vom Tage der Zahlung, bezw. der dem Indossanten geschehenen Behändigung der Klage oder Ladung. „Allein der Sinn des Gesetzes kann nicht dahin gehen, daß die Verjährung nicht beginnen solle, sofern die Einlösung des Wechsels auf andere Weise als durch

Zahlung bewirkt ist, oder sofern auch nur der Indossant ohne Einlösung, z. B. weil er den Wechsel als Rimesse zurückempfängt (Art. 54) oder vermöge anderweitigen Abkommens mit seinem Nachmann zur Erhebung der Regreßklage in den Stand gesetzt ist; dies letztere aber ist, nach der eigenen Behauptung des Klägers im Augenblick des Rückempfanges des Wechsels der Fall gewesen.

b) Bei Berechnung der Frist ist Art. 32 der W.O. zu Grunde zu legen. — (19. Sept. 71. M. III. 26; St. III. 63; C. I. 154.)

78. Der angefochtene Bescheid beruht auf der rechtsirrthümlichen Annahme, daß der Richter vor Einleitung des Wechselprozesses von Amtswegen zu prüfen verbunden sei, ob die erhobene Wechselregreßklage nach Art. 78, 79 verjährt sei. Nach gemeinem Recht ist die Verjährung vom Verkl. zu excipiren und diese Einrede thatsächlich zu substanziiren. (5. Juni 72. M. VI. 50.)

Art. 80.

Verjährung. Unterbrechung.

79. Nach preuß. Recht kann die Verjährung auch durch Anmeldung bei einem nicht kompetenten Richter unterbrochen werden. (Allg. L.-R. I. 9 §. 552, 553). — Die W.O. hat hieran insofern geändert, als die Wechselverjährung nur durch die Behändigung der Klage unterbrochen wird, so daß also die Behändigung der Zeit nach nicht auf die Anbringung der Klage retrotrahirt wird. Im Uebrigen sind die speziellen preußischen Vorschriften über die Klagebehändigung unverändert in Kraft. Allein diese Vorschriften setzen eine vom inkompetenten Richter angeordnete und gewollte Klagebehändigung voraus. Geschah diese Behändigung ohne oder gegen seine Vorschrift, so ermangelte sie der richterlichen Autorität, entbehrt also der unterbrechenden, an den Eintritt dieser Autorität geknüpften Wirkung. Folglich unterbricht diejenige Klagebehändigung die Verjährung nicht, welche nach der Anordnung des Richters dem Beklagten in einem zum Jurisdiktionsbezirk dieses Richters gehörigen Ort, als seinem Domizil zugestellt werden sollte, vom beauftragten Beamten aber eigenmächtig außerhalb jenes Jurisdiktionsbezirks an einem andern Orte insinuirt wird. (In der Klage war als Domizil des Bekl. „Zeche Wolfsbank", d. h. ein innerhalb des Essener Gerichtsbezirkes belegener Ort angegeben. Der Postbote behändigte eigenmächtig auf Zeche Rosenblumendelle, d. h. außerhalb des Essener Bezirkes, weil er erfahren hatte, daß der Bekl. dorthin verzogen sei. — Vgl. übrigens Reskr. des Handelsmin. vom 14. Okt. 1855. — J.M.Bl. S. 366 und Instr. v. 9. Juli 1866 §. 7. — J.M.Bl. S. 154.) (7. Nov. 71. M. III. 86; St. IV. 39; C. II. S. 94.)

80. „Daß die Ladung vor ein ausländisches Gericht vom inländischen Richter nicht als Unterbrechung der Verjährung angesehen werden könne, ist unrichtig. So lange die Bekl. in Warschau wohnte und der Herrschaft der dortigen Gesetze sowie der Jurisdiktion der dortigen Gerichte unterworfen war, hatte die Ladung vor ein dortiges Gericht für sie die Wirkung, welche

die für ihre Rechtsverhältnisse maßgebenden Gesetze damit verbanden, und diese Wirkung muß auch der durch die Verlegung des Wohnsitzes kompetent gewordene diesseitige Richter anerkennen." (2. September 71. St. III. 34. C. I. 139.)

81. Kläger und Bekl. sind gemeinschaftlich von einem Nachmann mit einer Regreßklage in Anspruch genommen. Kläger hat den Wechsel eingelöst und regressirt sich jetzt an seinen Vormann, den Bekl. Abgewiesen, weil die frühere Klage dem Kläger am 11. Juni 1871 die jetzige dem Bekl. erst am 10. November ejd. behändigt ist. Art. 79 Abs. 2. Die hiergegen eingelegte Nichtigk.-Beschw. wird zurückgewiesen. Art. 79 unterscheidet nicht, ob etwa bereits ein anderer Wechselgläubiger die Klageverjährung unterbrochen hat. Eine solche Unterbrechung ist vermöge der Selbstständigkeit der Obligationen der einzelnen Wechselverbundenen ohne Bedeutung. Auch ist die gegen zwei Vormänner als Mitbekl. erfolgte Klageanstellung ungeeignet, im Verhältniß dieser Mitbekl. zu einander die Stelle der Streitverkündigung (Art. 80) zu vertreten, denn die letztere setzt einen selbstständigen prozessualen Akt des späteren Klägers voraus und dieser kann durch das prozessuale Vorgehen eines Dritten nicht ersetzt werden. — „Es ist zwar von einigen Rechtslehrern, Thöl II. § 331 Note IV.; Renaud §. 93 a. E., Wächter nordd. W.R. §. 75 S. 533 — die Ansicht aufgestellt worden, daß die von einem Wechselgläubiger bezüglich eines Wechselverpflichteten bewirkte Unterbrechung der Verjährung auch allen übrigen Wechselgläubigern zu Gute komme. Diese Ansicht, die im Widerspruch steht mit Art. 79, gründet sich auf ein angebliches Korrealverhältniß zwischen den einzelnen Wechselverbundenen, welches aber in Wahrheit gar nicht besteht, denn jeder Begebungsakt erzeugt selbstständige Verpflichtungen. Solidarität ist zwar vorhanden, aber doch in mehrfacher Hinsicht abweichend von dem civilrechtlichen Gesammtschuldenverhältniß. Namentlich insofern als die Bezahlung des Wechsels durch einen Indossanten im Wege des Wechselregresses nur dessen Schuldverhältniß zum Inhaber löst, nicht aber den Wechselanspruch als solchen tilgt." (2. April 72. M. V. 80; C. II. 39.)

82. Die Verjährung der Regreßklage war durch Klageanstellung unterbrochen, die Klage selbst aber nach der Klagebeantwortung zurückgenommen. Der App.-Richter nimmt an, daß mit der Zurücknahme der Klage eine neue Verjährung von gleicher Dauer wie die frühere zu laufen begonnen habe. Das Ob.H.Ger. läßt es dahin gestellt, ob nicht vielleicht in Folge der Zurücknahme die Unterbrechung überhaupt rückgängig gemacht sei, keinenfalls aber sei der N.-Beschwerde zuzugeben, daß nach der Unterbrechung die ordentlichen Verjährungsfristen maßgebend seien. (Nach gem. Recht.) (15. März 72. M. V. 61.)

83. Ueber die Frage, welchen Einfluß die Feststellung einer Forderung im Konkurse auf die Wechselverjährung hat (nach preuß. Konkursrecht) vgl. die Erk. vom 19. Sept. 71 (M. III. 25; St. III. 62) und v. 5. Dezember 71 (M. IV. 46; St. III. 46.)

Ausschluß der Verjährung durch Vertrag.

84. Ueber den Ausschluß der Verjährung durch Vertrag bestimmt die W.O. Nichts, man kann sich gegen die Zulässigkeit eines solchen Vertrages nicht auf den nur von der Unterbrechung der Verjährung handelnden Art. 80 berufen, — um so weniger als wie sich aus den Motiven und Protokollen ergiebt, ursprünglich beantragt war, Bestimmungen über den Ausschluß der Verjährung durch Vertrag in die W.O. aufzunehmen, davon aber schließlich Abstand genommen worden ist. „Aus der streng formalen Natur des Wechsels ist über den Ausschluß der Anwendung der allgemein civilrechtlichen Vorschriften Nichts herzuleiten, da die W.-O. hierüber Nichts vorschreibt und die hier in Rede stehende Kundgebung des übereinstimmenden Willens der Kontrahenten durch gerichtlichen Vertrag, sowie deren rechtliche Wirksamkeit für die Kontrahenten nirgend untersagt." — Zum Theil ist in den Ländern, für welche die W.O. bestimmt war, ein Verzicht auf die Verjährung nach allgemeinen Grundsätzen unzulässig, es ist indeß nicht anzunehmen, daß die W.O. die Verschiedenheiten des Civilrechts in dieser Hinsicht beseitigen wollte, wie auch sonst vielfach in der Lehre von der Verjährung auf das letztere zurückzugehen ist. Das Resultat ist: im Gebiet des A. L. R.'s ist ein gerichtlicher Vertrag, durch welchen die Wechselverjährung von vornherein ausgeschlossen wird, statthaft. (28. Febr. 71. M. II. 12; St. I. 53; C. I. S. 256.)

85. Ein Verzicht auf die Verjährung ist nach gemeinem Recht unzulässig. (13. Jan. 72. M. IV. 76.)

Art 77—80, 98[10]. Art 7. Nov. 4.

Vertragsmäßiger Ausschluß der Verjährung. Pacta adjecta im Wechsel.

86. L. in Pirna hatte einen eigenen Wechsel ausgestellt, in welchem es hieß: „entsage der Wechselverjährung und hafte für Stempel, Stempelstrafen, alle ge- und außergerichtliche, auch sonst nicht restitutionsfähige Kosten." — Die Klage ist in I. Instanz abgewiesen worden, weil der Wechsel wegen dieser Klausel ungültig, in II. Instanz, weil er verjährt und der Verzicht auf die Verjährung unwirksam sei. Die letztere Entscheidung ist vom Ob.H.Ger. gebilligt. In den Gründen wird zunächst dem App.-Richter darin beigestimmt, daß die Verbindung einer der Wechselobligation fremden Klausel mit dem Wechsel diesem selbst die Gültigkeit nicht entziehe. Die entgegengesetzte Auffassung würde dem der Nürnberger Nov. 4 (zu Art. 7) zu Grunde liegenden Prinzip direkt widersprechen und die Anwendung dieses Prinzips auf ältere, vor Erlaß der Novelle liegende Fälle (der Klagewechsel datirt aus dem Jahre 1857) kann nach der Natur des neueren Gesetzes, das nur als Ergänzung und Erläuterung der W.O. sich ankündigt, keinem Bedenken unterliegen.

Der Grund, weswegen im vorl. Fall der Verzicht auf die Verjährung für unwirksam erklärt wird, liegt nicht etwa in dem zur Zeit der Ausstellung im Königr. Sachsen geltenden bürgerlichen Recht. Vielmehr wird ausdrück-

lich bemerkt, daß nach demselben ein solcher Verzicht zulässig ist. Der Grund ist vielmehr die formale Natur des Wechsels. Sein wesentlicher Inhalt ist für Tratten in den Art. 4—7, für eigene Wechsel im Art. 96 vorgezeichnet. „Daß der Wechsel auf die Bekundung der daselbst vorgeschriebenen wesentlichen Bestandtheile sich beschränken müsse, läßt sich freilich nicht annehmen. Kein Gesetz besteht, welches allgemein verböte, Nebenverträge in den Wechsel aufzunehmen, welche die civilrechtliche Basis des Geschäfts betreffen. — — Aber was der Wechsel als solcher entschieden nicht verträgt, das ist die Abänderung der auf der Basis der Wechselordnung begründeten Wechselobligation. — — Alle die erlaubte Grenze der Privatwillkühr überschreitende in dem Wechsel verlautbarte Stipulationen haben nach dem Prinzip der Nov. 4 für nicht geschrieben zu gelten. In die Kategorie dieser nicht zu lesenden Wechselklauseln fällt der jetzt streitige Verzicht auf die Wechselverjährung.

Der Widerspruch mit dem Erk. v. 28 Febr. 71 (oben Nr. 84) wird dadurch zu beseitigen versucht, daß dort der Verzicht nicht im Wechsel selbst, sondern entsprechend den landrechtlichen Bestimmungen gerichtlich verlautbart, daß derselbe ferner damals nicht bei Gelegenheit und zur Zeit der Wechselausstellung, sondern erst nach Verfall, wenige Tage vor dem Ablauf der Verjährung von den Erben des Schuldners erklärt worden war. (27. Juni 72. M. VI. 82.)

Art. 81, Abs. 2; 98, Abs. 10.

Haftung des Acceptanten für Verzugszinsen.

87. Der Acceptant einer Tratte haftet nach Art. 81, Abs. 2, die Präsentation zur Zahlung vorausgesetzt, jedenfalls für 6 pCt. Verzugszinsen vom Verfalltage, auch wenn keine Weiterbegebung stattgefunden. Zweifelhafter ist, ob, abgesehen von einem Regreßfalle, eine gleiche Verpflichtung auch für den Aussteller eines eigenen Wechsels anzunehmen ist. Das O.H.G. bejaht auch diese Frage. (24. Jan. 71. M. I. 71.)

Art. 81.

Wechselbürgschaft.

88. Der Vorschußverein zu Herborn klagt aus einem von D. acceptirten, von Heinrich Th. ausgestellten, von Theodor und Gustav Th. girirten Wechsel gegen die drei Gebrüder Th. Der Wechsel, der zur Deckung für einen dem Acceptanten vom Vorschußverein in laufender Rechnung eröffneten Credit diente, war als solcher Mangels Bestimmung einer gehörigen Zahlungszeit ungiltig. Es fragt sich, ob, wie Klägerin behauptet und der Appellationsrichter annimmt, neben dem Wechsel eine giltige civilrechtliche Verbürgung vorhanden ist. Das O.H.G. verneint. „Unzweifelhaft haben Bekl. sich wechselmäßig zu dem Zwecke verpflichtet, um sich dadurch gegen den klagenden Vorschußverein für die Contocorrentschuld des D. zu verbürgen. Es liegt somit eine in Wechsel (hier Indossamente) verkleidete Bürgschaft vor. Für solche aber gilt, daß das Rechtsverhältniß zwischen dem Gläubiger und Bürgen sich nicht nach der durch den Wechsel beabsichtigten Bürgschaft sondern lediglich nach der Rechtsform bestimmt, in welche sie eingekleidet ist,

somit lediglich nach dem Wechsel. Die Verbürgung kommt nur als Motiv und Zweck der Wechselverbindlichkeit, — nicht neben derselben als zweite selbständige Obligation in Betracht. Die Verbürgung in Wechselform ist nicht eine Verbürgung nach civilrechtlichen, bez. handelsrechtlichen Grundsätzen sondern ausschließlich Wechselverbindlichkeit. Ist daher die Wechselverbindlichkeit unwirksam, so fällt nicht allein die Wechselstrenge hinweg und bleibt eine gewöhnliche civilrechtliche bez. handelsrechtliche Bürgschaft zurück, sondern die ganze Bürgschaft ist unwirksam, weil sie nur als Wechselverbindlichkeit geleistet ist. Nun ist freilich ein doppeltes möglich 1) daß die Parteien eine zwiefache Verbürgung, eine gewöhnliche und eine nur wechselrechtliche, beabsichtigen; 2) daß sie beabsichtigen, es solle die in Wechselform verkleidete Bürgschaft bei Ungiltigkeit des Wechsels als gewöhnliche Bürgschaft gelten. Allein für eine zumal bei Obligationen von wesentlich verschiedener Wirkung keineswegs sich von selbst verstehende Conversion dieser Art (L. 15, 4 D. 73, 5 L. 7 D. 29, 7; L. 47 D. 44, 7) — fehlt es im vorl. Fall an jedem thatsächlichen Anhalt. — Eine gewollte zwiefache Verbürgung ist aber an sich schon darum unwahrscheinlich, weil die Verbürgung durch Wechsel die strengste und schärfste Form der Verbürgung ist, neben welcher die schwächere wenig Raum hat. Sache des Klägers wäre es daher gewesen, die gewollte zwiefache Verbürgung darzulegen, nicht Sache der Bekl., den Gegenbeweis zu erbringen. Es muß aber dem ersten Richter auch darin beigetreten werden, daß sogar dieser Gegenbeweis vollständig erbracht ist." — Dies wird gefolgert sowohl aus dem Inhalt der Statuten des klagenden Vereins und des Geschäftsganges bei demselben — wie auch auf die Entwickelung, welche die Vorschuß- und Kreditvereine im Ganzen genommen haben. In letzterer Hinsicht wird unter Verweisung auf Schulze Delitzsch „Vorschuß und Creditvereine als Volksbanken" 4. Aufl. S. 108 ff. hervorgehoben, daß die Stelle der früher üblichen Schuld- und Bürgschaftsscheine lediglich durch Wechsel ersetzt worden ist und daß Schulze selbst (a. a. O. S. 117) den Gedanken an eine etwa noch außerhalb des Wechsels bestehende Verbürgung entschieden zurückweist. — (6. Juni 71. M. II. 82; St. II. 53.)

Art. 82.

Einwand aus dem Wechselrecht.

89. Die Behauptung der Bekl. (Trassantin), daß der der Adresse des Trassaten beigefügte Domizilvermerk „zahlbar in Posen bei Herrn H. J." erst nach Ausstellung und Unterschrift des Wechsels ohne ihr Wissen und Willen auf denselben gesetzt worden sei — ist ein aus dem Wechselrecht hergenommener Einwand und demnach zu berücksichtigen. „Zu den wesentlichen Erfordernissen des Wechsels gehört nach Art. 4[8] die Angabe des Ortes, wo Zahlung geleistet werden soll, und gilt der beim Namen des Bezogenen angegebene Ort als Zahlungsort und zugleich als Wohnort des Bezogenen. Durch jenen Vermerk wäre aber nicht bloß der Zahlungsort, sondern auch die Person geändert, welcher der Wechsel zur Zahlungszeit vorgelegen war. Es würde demzufolge auch die gegen den Domizillaten gerichtete Protestaufnahme der Ausstellerin gegenüber eine unwirksame sein. Es ergiebt sich

daraus, daß der Einwand allerdings aus dem Wechselrecht selbst entnommen ist und somit auch der Grund, aus welchem der Apell.-Richter ihn zurückweist, nicht durchgreift. Letzterer bemerkt zwar noch, der Erwerber des Wechsels habe das Papier zu prüfen, ob es den gesetzlichen Erfordernissen entspreche und könne dasselbe mit Sicherheit erwerben, sobald er finde, daß dasselbe kein Bedenken ergebe. Kläger habe daher auch den Wechsel dem Domizilliaten präsentiren und gegen diesen Protest erheben können. Auch darin irrt der Richter. Es würde danach jede äußerlich nicht deutlich erkennbare Fälschung des Wechsels dem Erwerber nicht entgegengesetzt werden können und der Aussteller wie auch der Acceptant mit dem Einwand der Fälschung der Wechselsumme oder eines anderen wesentlichen Erfordernisses des Wechsels überhaupt nicht zu hören sein, sobald dem Inhaber nur bei der Prüfung des Wechsels die Fälschung entgangen wäre; daß dies unrichtig, bedarf keiner weiteren Ausführung. Der Aussteller des Wechsels und auch der Acceptant haftet (ein Blanco-Accept ausgenommen) nur für das, was er unterschrieben; eine spätere Aenderung in irgend einem wesentlichen Theil steht ihm nicht entgegen. — 27. Juni 71. — M. III. 9; St. III. 26. Uebereinstimmend Erkenntniß vom 2. März 72. M. VI. 7: Der Domizilvermerk auf dem eingeklagten Wechsel ist dem Acceptanten gegenüber für nicht geschrieben zu erachten, weil er nach dem Accept ohne Wissen und Willen des Acceptanten darauf gesetzt worden.

Art. 82.

Exceptio doli.

90. Der App.-Richter stellt fest, daß Implorat das fr. Accept nur zur Sicherung eines von ihm übernommenen Baues, den er am 8. Mai 1870 vollendet, gegeben habe und hat den hierauf gegründeten Einwand, als auf einer Vereinbarung zwischen Imploranten und Imploraten beruhend, nach Art. 82 für statthaft erklärt. Mit Recht. Es ist rein willkührlich, wenn der Implorant die Unzulässigkeit des Einwandes um deswillen behauptet, weil er nicht nur Aussteller sondern zugleich Indossatar sei und hier in dieser letzteren Eigenschaft auftrete. Ebensowenig liegt, wie Implorant behauptet, ein Widerspruch darin, daß der App.-Richter die Verpflichtung des Acceptanten verneint, die des Indossanten dagegen anerkennt. „Vielmehr müssen die Verpflichtungen aus der Ausstellung, Acceptation und Girirung eines Wechsels nach Art. 81 als an und für sich selbstständige aufgefaßt werden, insofern das Wechselrecht selbst eine Abhängigkeit der einen Verbindlichkeit von der anderen nicht besonders festsetzt.“ Dies ist in Bezug auf civilrechtliche Einreden, von denen hier allein die Rede ist, nicht der Fall. (18. Okt. 1870 M. I. 17. St. I. 9; C. I. 39.)

91. „Begründet ist die Beschw. des Bekl., sofern er geltend macht, daß ihm abgesehen von dem Beweis, daß der Wechsel auf Grund eines zum Zweck des Spiels gegebenen Darlehns ausgestellt worden,[1]) nur der Beweis habe

[1]) In Mecklenburg ist ein solches Darlehen klaglos.

auferlegt werden dürfen, daß die klagende Indossatarin beim Erwerb des Wechsels von dem Ursprung desselben Kenntniß gehabt habe." Dann ist der Vorwurf des dolus begründet, da alsdann die Absicht dargethan ist, dem Schuldner eine ihm zuständige Einrede zu entziehen. (20. Dez. 70. M. I. 49; St. I. 20; C. I. 69.)

92. „Verklagter behauptet, daß die Wechselsumme in einem Betrage von 17,000 Thlr. enthalten sei, welchen Kläger von ihm aus Geschäften fordere, die als reine Differenzgeschäfte unklagbar seien. Es hätten nämlich die Geschäfte in Aufträgen zum Ankauf von Getreide bestanden, welche er, der Kläger, in der erklärten Absicht gegeben habe, daß nicht geliefert, sondern nur am Stichtage die Differenz regulirt werden solle." Der Appell.-Richter hat diesen Einwand mit Recht für unsubstantiirt erachtet. Wollte Bekl. sich von der Haftung aus seinem Accept durch die Berufung darauf befreien, daß dasselbe zur Deckung einer Schuld aus unerlaubten Geschäften gegeben sei, so wäre es seine Sache gewesen, den Inhalt der fr. Verabredungen speziell anzugeben. Die ganz allgemeine Angabe des Bekl., es sei die Absicht gewesen, die Lieferungsverträge nicht effectiv zu erfüllen, reicht nicht aus. (21. Okt. 71. M. III. 74; St. IV. 26.)

93. Die zweite Instanz hat der bekl. Mitausstellerin des Wechsels den Beweis in separato darüber verstattet, daß der vorl. Wechsel von ihr für eine Schuld ausgestellt worden, welche ihr Ehemann gegen den Kläger eingegangen sei, nicht für eine Schuld, welche sie selbst gegen den Kläger gehabt habe. Hierin liege eine nach mecklenburg. Recht ungültige Intercession, der Einwand sei auf Grund von Art. 82 gegen den Kläger zulässig. Die Beschwerde hiergegen ist vom Ob.H.Ger. verworfen. In der Entsch. wird die Bezugnahme des Klägers auf das Urtheil vom 6. Juni 1871 (oben Nr. 88) zurückgewiesen und betont, daß die Meinung des Klägers, es sei die Verbindlichkeit des Bekl. aus der Interzession in ein reines Wechselobligo über- und in diesem aufgegangen, aus der ged. Entscheidung nicht gefolgert werden könne. (29. Mai 72. M. VI. 41.)

94. Die Einrede der bekl. Acceptantin, daß baare Valuta versprochen, aber nicht gezahlt sei, ist erheblich, denn Parteien sind die ursprünglichen Kontrahenten und die Einrede ist mithin eine exc. doli. (17. Januar 71. St. I. 36.)

95. Die Bekl. hat der Wechselklage den Einwand entgegengesetzt, daß ein von ihr acceptirter Wechsel zum Belauf von 4000 Mk. Banco bis zum 2. Mai 71 (übereinstimmend mit Belauf und Verfalltag des Klagewechsels) seitens der Kläger in Discont habe genommen werden sollen. Sie selbst hat diesen Einwand nicht als Kompensationseinrede sondern als exceptio non impleti contractus bezw. doli bezeichnet. Ihre Anfechtung richtet sich also gegen die Grundlagen der Wechselverbindlichkeit. „Eine solche Anfechtung des Wechsels ist aber bei dessen formaler Natur nicht statthaft. Der Wechsel als solcher bleibt vielmehr selbst bei fehlender oder effektlos gebliebener causa

civilis in Wirksamkeit. Ob Anfechtungsgründe der vorbez. Art geeignet sind, nach Art. 82 als Einreden zu dienen, hängt davon ab, ob ihnen die Kraft einer exceptio doli generalis beigelegt werden kann. Dazu reicht aber die bloße Behauptung, resp. der Nachweis, daß auf Seiten des Klägers der Uebernahme der Wechselverbindlichkeit gegenüber eine Leistung habe gemacht werden sollen, nicht aus." (6. Okt. 71. M. III. 65; St. IV. 10).

96. Es wird aus einem vom Bekl. dem Kläger zur Diskontirung übergebenen, jetzt rückläufig gewordenen Wechsel die Regreßklage angestellt. Seitens des Bekl. wird eingewendet, bei der Discontirung sei verabredet worden, Kläger solle die Valuta innerhalb 3 Tagen nach der Diskontirung einsenden, welcher Verpflichtung Kläger nicht genügt habe. Das Ob.H.Ger. will diesen Einwand allerdings nicht aus dem vom App.-Richter für durchgreifend geachteten Grunde berücksichtigen, daß nach A. L. R. I. 5 §. 27, „wer die Erfüllung eines Vertrages fordert, nachweisen müsse, daß er demselben von seiner Seite Genüge geleistet habe oder warum er dazu erst in der Folge verbunden sei." Denn der Wechselberechtigte wird dadurch allein, daß er eine Vorleistung, zu welcher er nach der dem Wechselgeschäft zu Grunde liegenden Vereinbarung verpflichtet ist, nicht gewährt hat, seines Wechselrechts noch keineswegs verlustig. Die Bestimmung des §. 271 cit. paßt nicht auf die Beziehungen des Wechsels zu dem unterliegenden Rechtsgeschäft. „Die Rechte aus dem letzteren und aus dem Wechsel können nicht als Ansprüche auf Leistung und Gegenleistung betrachtet werden, weil jeder wechselrechtliche Anspruch schon mit seiner Entstehung zur Selbstständigkeit gelangt. — Die Abrede der (in einem Kontokorrentverhältniß stehenden) Parteien ist aber in so fern erheblich, als darin jedenfalls liegt, daß die Valutenzahlung Seitens der Klägerin vor Verfall des Wechsels geschehen solle, daß also die Klägerin den Betrag nicht etwa durch Buchung im Conto Credit des Bekl., sondern durch wirkliche Zahlung auszugleichen hatte. Danach fällt der Einwand des Bekl. unter den Gesichtspunkt der exceptio doli." (25. Apr. 71. M. I. 52.)

97. Gegen den vom Kläger ausgestellten, vom Bekl. acceptirten Wechsel wird eingewendet, daß derselbe lediglich behufs Deckung einer gemeinschaftlichen Societätsschuld ausgestellt und acceptirt worden sei. Der Einwand ist verworfen. „Der Appellrichter hat thatsächlich festgestellt, daß die behauptete Verabredung, der Wechselbetrag sollte aus den Einnahmen des gemeinschaftlichen Geschäfts gedeckt werden, durch den Eid des Klägers widerlegt sei und nimmt ferner mit Recht an, daß überhaupt nicht dargethan sei, daß der Wechsel lediglich und allein zu dem Zweck in's Leben gerufen sei, um als Tilgungsmittel für die angebliche Societätsschuld zu dienen, ohne daß Bekl. zugleich für die schließliche Einlösung wechselmäßig hätte verhaftet sein sollen und daß eine solche Ausschließung der Verbindlichkeit des Bekl. auch gar nicht beabsichtigt worden sei." Daher liegt hier eine Verletzung von A. L. R. I. 5 §. 443 und H.G.B. 130 nicht vor. (11. Okt. 70. M. I. 11.)

98. Einwand gegen die Klage aus einem Wechselaccepte daraus hergenommen, daß der Wechsel den Klägern nur zur Bürgschaft habe dienen sollen für etwaige Ansprüche, die ihnen gegen einen Dritten aus der Hingabe von Tabacken erwachsen würde; der Einwand ist für zulässig und durchgreifend erachtet, obwohl Klg. behaupten, daß Bekl. sich für alle ihre Ansprüche verbürgt habe und daß sie gegen den Hauptschuldner einen der Wechselsumme gleichkommenden Betrag rechtskräftig erstritten hätten. Ratio decidendi: der Bekl. ist zu dem Prozeß gegen den Hauptschuldner nicht zugezogen worden, daher macht das gegen letzteren ergangene Erkenntniß nicht res judicata gegen den Bürgen. (A. L. R. I. 14 §. 310, 311, 313.) (18. Okt. 70 St. I. 7.)

99. Bekl. behauptet: er sei vom Kläger zur Unterschrift des Klagewechsels dadurch verleitet worden, daß ihm Kläger gesagt habe, er (der Verkl.) solle nicht aus dem Wechsel haften, der Wechsel solle nur durch seine Unterschrift vervollständigt werden, damit er bei der Bank begeben werden könne; K. (der Bezogene und Acceptant) werde den Wechsel bezahlen. — Es kann zugegeben werden, daß diese Erklärung den Thatbestand des Betruges oder der betrüglichen Verleitung zur Ausstellung des Klagewechsels nicht enthält. Jedenfalls aber durfte nach der letzteren der Bekl. darauf vertrauen, daß Kläger selbst ihn aus dem Wechsel nicht belangen werde. Wenn also die Erklärung des Klägers der alleinige Bestimmungsgrund für die Ausstellung und Indossirung des Wechsels gewesen sein sollte, so hat sich Kläger durch die Verfolgung seiner Wechselforderung eines Vertrauensmißbrauches schuldig gemacht. Darin, daß er nun doch die Wechselklage erhoben hat, liegt in diesem Fall die Benutzung eines im Bekl. erregten Irrthums, also ein dolus im civilrechtlichen Sinn, auf den sich Bekl. nach Art. 82 berufen kann. (20. Jan. 72 M. IV. 80.)

100. In Bezug auf den Einwand, daß zwischen den Parteien ein Contocorrentverhältniß bestehe und daß deswegen die Wechselforderung nicht vereinzelt eingeklagt werden dürfe, vergl. die oben zu Art. 291 unter Nr. 78 bis 80, S. 277 fg. mitgetheilten Entscheidungen. Die weiteren hierher gehörigen Erkenntnisse werden ebenfalls zum Art. 291 mitgetheilt werden.

101. Paul und Brigl haben die unter ihnen bestandene Sozietät aufgelöst; Paul hat sämmtliche Activa und Passiva übernommen und dem Br. eine Abfindung versprochen. Für diese hat der Secretair Paul, Vater des P., sich verbürgt, später allerdings diese Bürgschaft für eine irrthümlich übernommene erklärt. Auf diesen Sachverhalt wird eine exceptio doli gegründet gegen eine Klage aus zwei trockenen Wechseln, die von P. und Br. während der Dauer der Sozietät an die Ordre des Secretairs Paul ausgestellt, von ihm, nachdem sein Sohn in Konkurs verfallen, weiter indossirt worden sind, und die gegenwärtig gegen Brigl als solidarisch verhaftet eingeklagt werden. Es wird behauptet, der Secretair P. habe Kenntniß davon gehabt, daß sein Sohn sämmtliche Activa und Passiva übernommen; er habe ferner durch seine Mitwirkung bei dem Auseinandersetzungsakt, d. h. durch

seine Verbürgung, den austretenden Socius Br., den gegenwärtigen Bekl. seiner Verbindlichkeit aus den Klagewechseln entlassen. Die Indossirung der Wechsel sei lediglich zu dem Zweck und in der erklärten Absicht erfolgt, um dem Bekl. diese vom Secretair als begründet anerkannte Einrede zu entziehen. Aus den Gründen des O.-H.-Gerichts: Der Wechselbeklagte, der sich durch die exceptio doli schützen will, muß das arglistige Verfahren des Klägers **überzeugend** darthun und den stringenten Nachweis dafür führen. Die vorgelegten Urkunden reichen hierzu nicht aus. Weder die Kenntniß des Sekretair P. von dem Abkommen, welches die Socii P. und Br. in Betr. der Passiva untereinander getroffen, noch die Bürgschaftsübernahme läßt nothwendig auf eine Entlassung des Br. aus seinen Verbindlichkeiten schließen. Selbst wenn man die Urkunde so deuten wollte, so würde aber doch die Folgerung nicht gerechtfertigt sein, daß ein dritter Indossatar bei Einsicht der betreffenden Urkunden zu dieser Ueberzeugung habe gelangen müssen, mithin nothwendig in dolo sein müsse. Anders würde die Sache liegen, wenn der jetzige Kläger, wissend, daß der Secretair die Einrede des Bekl. als begründet anerkannte, sich dennoch als Mittel zur Geltendmachung der Forderungen gebrauchen ließ. Das würde allerdings ein unredliches Verhalten sein. Da der Einwand des Bekl. nach dieser Richtung genügend substantiirt ist, so ist hierüber noch Beweis zu erheben. (4. Mai 72 M. VI. 1.)

102. Ein an die Ordre von H. Strauß ausgestellter trockner Wechsel wird von der Wittwe desselben, als statutarischer Leibzüchterin gegen den Aussteller eingeklagt. Auf der Rückseite befindet sich ein jetzt durchstrichenes, von Herm. Str. unterzeichnetes Blanko-Giro. Bekl. wendet ein, daß der Wechsel mittelst dieses Blanco-Giro an J. Levy gegeben worden und daß er an diesen die Wechselsumme in der Art berichtigt habe, daß er demselben zwei neue, vom Bekl. an die Ordre von H. Str. gezogene, von letzterem in blanco indossirte Wechsel übergeben habe. — Aus den Gründen: „Wenn auch J. Levy zur Empfangnahme der Wechselsumme durch das Blanco-Indossament legitimirt war, so war doch durch die angebliche Berichtigung der Wechsel-Summe an L., da diese auf den Wechsel nicht vermerkt ist, die Benutzung des Wechsels zu weiteren Wechselgeschäften mit gutgläubigen Dritten keineswegs ausgeschlossen." Es kommt daher auf den dolus des H. Strauß an. Diesen muß dessen Wittwe gegen sich gelten lassen. Ein solcher dolus ist durch das Zeugniß von J. Levy bis zum Erfüllungseide dargethan. (9. Dez. 71. M. IV. 52; St. V. 17.)

103. Der Aussteller wendet gegen die vom letzten Indossatar angestellte Regreßklage ein, daß derselbe bereits durch seinen unmittelbaren Vormann befriedigt worden sei. Der Einwand ist unbegründet. „Der Bekl. kann sich auf die von seinem **Nachmann** geleistete Zahlung nicht ohne Weiteres berufen. Denn der Wille des zahlenden Indossanten geht im Zweifel nur dahin, daß er selber und seine Nachmänner von dem Regreß M. Z. befreit werden, und daß er selber zur Geltendmachung der Wechselansprüche gegen die durch seine Zahlung nicht befreiten Wechselschuldner in den Stand gesetzt werde, keineswegs aber dahin, daß die sämmtlichen Wechselschuldner,

insbesondere auch seine Vormänner von der Wechselschuld befreit werden. Man berufe sich hiergegen nicht auf die objective Wirkung der Zahlung als nothwendigen Erlöschungsgrundes sämmtlicher Solidar-Obligationen, denn diese Wirkung ist dem Willen der Betheiligten untergeordnet und steht keineswegs absolut fest, zumal wenn der Wechsel selbst nicht ergiebt, daß gezahlt worden ist. Ebenso wenig wird durch die Zahlung eines Indossanten an den Wechselinhaber dessen wechselrechtliche Legitimation gegen einen Vormann des Zahlers in Klage gestellt, denn diese Legitimation bestimmt sich lediglich nach Art. 36 (39, 49, 54). Auch die exceptio doli ist nicht begründet selbst dann nicht, wenn etwa der Aussteller ein Interesse daran hätte, vom Zahlenden und nicht vom Zahlungsempfänger belangt zu werden. Dieses Interesse kann eben nicht zur Realisirung gelangen, wenn dem letzteren nach dem durchaus statthaften in der Nichtrückgabe des Wechsels manifestirten Willen der Betheiligten die Verfolgung der weiteren Wechselansprüche überlassen ist. Endlich kann die exceptio doli auch nicht dazu dienen, das Interesse des Zahlenden zu schützen, da sie alsdann sich als exceptio de jure tertii charakterisiren würde. (14. März 71. M. II. 28; St. I. 62; C. I. 118.)

104. Dem Wechselanspruch des N. als Blankoindossatars können Kompensationseinreden aus der Person des Indossanten nicht entgegengesetzt werden. (13. Jan. 72. M. IV. 76.)

105. „Es steht der Gültigkeit und Wirksamkeit eines Wechselaccepts nicht entgegen, daß es auf ein bloßes, noch nicht in Gemäßheit des Art. 4 ausgefülltes, insbesondere noch der Unterschrift des Trassanten und (bei dem vorl. Wechsel an eigene Ordre) zugleich der Bezeichnung des Remittenten entbehrendes Wechselformular gesetzt worden ist. Auch begründet die nackte Thatsache der späteren, ohne Wissen und Willen des Acceptanten erfolgten Ausfüllung für sich genommen keineswegs einen jedem Nehmer entgegenstehenden Einwand, vielmehr nur die vertragswidrige Ausfüllung des Blanketts eine lediglich demjenigen Nehmer nachtheilige Einrede, welcher selbst die Ausfüllung widerrechtlich bewirkt oder an der Vertragswidrigkeit Theil genommen oder doch beim Erwerb des bereits ausgefüllten Wechsels um den Vertrauensmißbrauch gewußt hat, — somit nur eine dem böswilligen Nehmer entgegenstehende exceptio doli." Diese Ansicht ist die in Theorie und Praxis weitaus vorherrschende, sie ist in einem Kommissionsbericht der Nürnb. Conf. (Verhandl. d. Komm. Fragen z. W. O. betr. Nürnb. 1858. S. LVI, LVIII, LXI) als kaum noch streitig bezeichnet worden und sie galt, namentlich in der preuß. Praxis bereits z. Z. der Redaktion der W. O. Die Gegner dieser Ansicht berufen sich mit Unrecht auf Art. 7 der W. O., der lediglich die Frage beantworten und verneinen sollte, ob, falls die Grundwechselurkunde unvollständig bleibt, dagegen die Wechselerklärung des Acceptanten, Indossanten oder Avalgebers selber die Ergänzung des Mangels enthält, z. B. falls der Acceptant seinem Accept die im Grundwechsel fehlende Summe oder Zahlungszeit hinzufügt, diese Wechselerklärung zufolge der Selbstständigkeit der einzelnen Wechselakte für sich wirksam sei. — Der Preuß. Entw. §. 9 enthielt ent-

sprechend dem A. L. R. II. 8. §. 818, 782—784 den einerseits viel weiter gehenden, andererseits nur prozessualischen Grundsatz, daß im Wechselprozeß der Verklagte, gegen welchen die Richtigkeit seiner Unterschrift feststeht, mit dem Einwand nicht gehört wird, daß die über der Unterschrift befindliche Erklärung ohne seine Genehmigung geschrieben worden oder daß er die Sprache, worin die Erklärung abgefaßt worden, nicht verstehe oder daß er nur seinen Namen schreiben könne. Dieser Grundsatz wurde zwar ursprünglich von der Leipz. Wechselkonferenz adoptirt, ist aber später bei Ausscheidung des Prozeßrechts in die W. O. nicht übergegangen und nur in einzelne Einf.-Gesetze und Wechselprozeßordnungen ausdrücklich aufgenommen worden. Seine Aufnahme oder Nichtaufnahme ist für die Frage des materiellen Wechselrechts ohne alle Bedeutung. Zweifelhafter kann es sein, wie weit Mangels Vereinbarung die Befugniß des Wechselnehmers reicht, insbesondere ob sein Recht zur Ausfüllung des Blankets in dem Sinne ein streng persönliches ist, daß nur er selber, z. B. nicht auch seine Erben, der Verwalter seiner Konkursmasse, der Vollstrecker seines Testaments die Ausfüllung bewerkstelligen darf und daß nur sein Name als Trassant, bez. Remittent in das Formular gesetzt werden darf. Die Entscheidung der letzteren Frage ist eine wesentlich konkrete. — — Es ist namentlich nicht richtig, daß für die Beschränkung auf die Person des Nehmers (als Trassanten oder Remittenten) die Vermuthung spreche. Dies widerstreitet vielmehr der Anschauung und Uebung des Verkehrs, nach welcher dergleichen Blancotratten unausgefüllt durch zahlreiche Hände gehen und vielfach erst von Demjenigen mit seinem Namen ausgefüllt werden, welcher dem ursprünglichen Nehmer die Valuta entrichtet. Nicht, wie hin und wieder angenommen ist, z. B. vom Ob.-App.-Ger. Rostock (Entsch. v. Buchka und Budde V S. 300) hat der Wechselgläubiger den unbeschränkten unpersönlichen Verpflichtungswillen des Acceptanten darzulegen, vielmehr ist umgekehrt davon auszugehen, daß, wer ein Wechselaccept in blanco abgiebt, ohne sich erkennbar nur seinem Nehmer verpflichten zu wollen, die Person des Wechselausstellers bez. Remittenten für gleichgültig erklärt, daher Jedem haftet, welcher mit Bewilligung des Nehmers seinen eigenen Namen als Trassant, bez. Remittent auf den Wechsel gesetzt hat. Die Beweislast trifft auch hier Denjenigen, welcher den Mißbrauch des Blancoaccepts behauptet. (9. Apr. 72. M. VI. 10; C. II. 80).

Mehre Mitaussteller.

106. Einer von mehreren Mitausstellern eines trockenen Wechsels hat denselben nach Verfall eingelöst und klagt nunmehr auf Grund des ihm ertheilten Giro's die ganze Wechselsumme gegen einen anderen Mitaussteller ein. Derselbe ist indeß nur pro rata verurtheilt worden und diese Entscheidung ist auf die N.-Beschw. des Klägers vom Ob.H.Ger. bestätigt. Die mehreren Aussteller haften dem Wechselgläubiger solidarisch, das Rechtsverhältniß unter ihnen selbst ist aber nicht nach Wechselrecht, sondern hier nach den Bestimmungen des Allg. L.-R.'s I. 5. §. 445 vgl. I. 14 §. 374 zu beurtheilen und danach tritt Haftung zu gleichen Theilen ein. Hieran wird durch das auf den Kläger lautende Indossament Nichts geändert. „Die

Frage, ob ein Mitaussteller im gewöhnlichen Wechselgang durch Indossament vor Verfall des Wechsels Wechselrechte erlangt und welche Rechte ihm dann gegen seine Mitaussteller zustehen, kann hier unerörtert bleiben, denn ein solcher Fall liegt hier nicht vor. Der Kläger ist hier zur Verfallzeit von dem Wechselinhaber wegen Erfüllung der Wechselverbindlichkeit in Anspruch genommen und hat in Folge dessen auch Zahlung geleistet. Das demnächst von dem befriedigten Wechselgläubiger auf den Kläger ausgestellte Indossament mag ihn zum Eigenthümer gemacht haben, jedoch unbeschadet der Rechte der Mitaussteller, ihm gegenüber aus den zwischen ihm obwaltenden Rechtsbeziehungen auf Grund des Art. 82 Einreden zu erheben." — So hat auch das Ob.App.Ger. Rostock in den Erk. vom 29. Juli und 9. August 1854, vom 10. und 26. Jan. 1857, die auf der Nürnb. Konf. in Bezug genommen sind, entschieden, daß der Zahler durch das Giro zwar Wechselrechte gegen die Mitaussteller erwerbe, aber nur pro rata. Die noch weiter gehende Ansicht, daß einem solchen Giro jede Wirkung abzusprechen sei, kann, da der App.-Richter nicht so weit gegangen ist, hier dahin gestellt bleiben. — Mit dieser Ausführung steht auch das Erk. des preuß. Ob.-Trib. vom 29. Okt. 1863 (Striethorst, Bd. 51, S. 177) nicht in Widerspruch. Der dort entschiedene Fall lag anders. Es war zwar auch dort einem der Acceptanten in Folge der Einlösung des Wechsels Giro ertheilt, indeß war der Wechsel dann weiter an einen Dritten girirt und wurde von diesem eingeklagt, während hier ein Mitschuldner dem andern gegenübersteht. (8. Nov. 70. M. I. 29; St. I. 13; vgl. Erkenntniß vom 3. Juni 71. M. III. 80; St. II. 43 C. I. 12.)

107. Mit Unrecht erklärt der App.-Richter die Grundsätze von Korrealverbindlichkeiten auf gemeinschaftliche Wechselverpflichtungen für unanwendbar. — So gut wie die Verpflichtungen mehrere Aussteller, welche übereingekommen waren, als Bürgen für den Hauptschuldner zu haften, unter sich nach Civilrecht zu beurtheilen sind, — ebenso muß dieselbe Beurtheilung auch für das Rechtsverhältniß anderer Wechselbetheiligten (Indossant und Indossatar) eintreten. Würde eine dieser Personen ihren Anspruch lediglich auf das Wechselrecht stützen, so würde ihr aus Art. 82 ein Einwand entgegengesetzt werden können. (7. Oct. 71. M. III. 40; St. III. 81; C. I. 172.)

Art. 82.

Präjudizirter Wechsel.

108. Ein präjudizirter Wechsel wird durch die Verjährung nur derjenigen Wirkungen entkleidet, die ihm als Wechsel anhingen. Nicht aber verliert er auch seine sonstigen Wirkungen, vielmehr gilt der verjährte trockene Wechsel als Schuldschein, der verjährte gezogene Wechsel als Anweisung. Dieser Grundsatz, den das preuß. Ober-Tribunal bereits in einem Präjudiz vom 2. Dezbr. 1843 ausgesprochen und an dem dasselbe auch nach Einführung der D. W.O. festgehalten hat, ist neuerdings auch vom Ob.H.Ger. gebilligt worden. Letzteres weist namentlich darauf hin, daß aus Art. 83 keine Bedenken hiergegen hergeleitet werden können, denn die W.-O. bestimme nur über die Rechte und Pflichten aus Wechseln. Die von derselben einem verjährten oder präjudizirten Wechsel zugestandenen Rechts-

wirkungen seien daher lediglich als Residuum der ursprünglichen Rechte aus dem Wechsel selbst zu betrachten. (9. März 72. M. V. 56.)

Novation durch Wechsel.

109. Der auf eine Rechnung gesetzte Vermerk „Betrag mit Accept erhalten — geordnet mit Accept" enthält eine vorbehaltlose Quittung hinsichtlich des Rechnungsbetrages. (11. Nov. 70. C. l. 18.)

110. „Ist von den Betheiligten der neue Wechsel nur an die Stelle des alten damals bereits verfallenen Wechsels gesetzt, ohne daß an den Verbindlichkeiten etwas anderes geändert worden als der Verfalltag, so kann auch von einer übrigens gar nicht beabsichtigten Tilgung der Wechselverbindlichkeit durch den neueren Wechsel nicht die Rede sein. Der Bekl. (Aussteller) war daher um so weniger berechtigt, Rückgabe des quittirten älteren Wechsels und der Protesturkunde auf Grund des Art. 48 zu verlangen, als dieser Art. behufs des Regresses W. O. das betr. Recht jedem anderen Schuldner giebt, sobald er die Wechselsumme nebst Zinsen und Kosten erstattet hat, ein Fall, der hier überhaupt nicht vorliegt." (2. Mai 71. St. III. 16; C. l. 84.)

111. Die Behufs Tilgung einer Schuld erfolgende Ausstellung u.s.w. eines Wechsels begründet die Aufhebung des Schuldverhältnisses nur dann, wenn die Umstände erkennen lassen, daß es im Willen des Gläubigers lag, den Wechsel an Zahlungsstatt anzunehmen. (1. Juni 71. M. III. 16; C. l. S. 328.)

112. „Es steht fest, daß Bekl. und der Prokurator B. im Februar 1861 von N. ein verzinsliches Darlehen von 7000 Fl. unter solidarischer Haftbarkeit erhalten haben und der eigentliche Streitpunkt ist nur der, ob diese Darlehnsschuld dadurch alsbald getilgt worden ist, daß Bekl. dem N. eine große Anzahl von Tratten, welche er an die Ordre von N. auf den Prokurator B. gezogen und welche dieser acceptirt hatte, zum Gesammtbetrage von 7000 Fl. am 20. Februar 1861 gegeben hat. An sich liegt nun zweifellos in der bloßen Hingabe der fr. Wechsel keine Tilgung der Darlehnsschuld, sie hatte nur den Zweck, dem N. eine größere Sicherheit dafür zu gewähren, daß er in den für die allmähliche Rückzahlung des Darlehns bestimmten Terminen mit Abschneidung prozessualischer Weitläufigkeiten im schleunigen Wechselverfahren zu seiner Befriedigung gelange. Eine Tilgung der Darlehnsschuld würde nur anzunehmen sein, wenn eine Novation oder Hingabe an Zahlungsstatt erweislich von den Paciscenten intendirt wäre." Dies ist hier nicht der Fall. „Allerdings entsprach es der Intention der Paciscenten, daß Klägerin, wie auch geschehen ist, zunächst aus den Wechseln ihre Befriedigung versuchte; wenn aber Verkl. die Befriedigung der Klägerin auf diesem Wege dadurch vereitelte, daß er die (für begründet erachtete) Einrede der Verjährung vorschützte, kann er, ohne dem Vorwurf des dolus zu

verfallen, sich dem Anspruch auf Rückzahlung des Darlehns nicht widersetzen." (13. Januar 1872 M. IV. 76.)

113. Die Ansicht, daß nicht schlechthin die Begebung und Ab... eines Wechsels, wenn eine Zahlungsverpflichtung zu Grunde liegt, als Hingabe an Zahlungsstatt wirkt und daß einem wechselrechtlichen Akt die Natur und Wirkung der Novation in Ansehung des zu Grunde liegenden Rechtsgeschäfts nicht zu attribuiren ist, wenn eine hierauf gerichtete Absicht der Kontrahenten nicht konstirt, hat überwiegende Geltung in der Theorie und Rechtsprechung erlangt. Mit ihr steht auch der im kaufmännischen Verkehr allgemeine Gebrauch: den für eine Schuld des Wechselverpflichteten empfangenen Wechsel zwar als Zahlung zu buchen, jedoch nur provisorisch, nämlich unter der Voraussetzung der regreßlosen Einlösung des Wechsels, — im Einklang. (9. März 72. M. V. 56.)

Art. 84.

Ausländer.

114. Unter Ausländern im Sinne des Art. 84 sind nur die Angehörigen solcher Staaten zu verstehen, in denen die D. W.O. keine Geltung hat. Dies kann zumal jetzt, da die W.O. durch das Bundesgesetz vom 5. Juni 1869 zum Bundes- (jetzt Reichs-)gesetz erklärt ist, sowie nach Art. 3 der D. Verfassung nicht dem mindesten Bedenken mehr unterliegen. (26. Juni 72. M. VI. 80. C. II. 65.)

Art. 85, 98[10].

Im Ausland ausgestellter Wechsel.

115. Die Klageurkunde (in Genua ausgestellt) ist ein giltiges biglietto all' ordine im Sinne des z. Z. in Genua geltenden H.G.B.'s für das Königreich Italien, somit als eigener Wechsel im Sinne der D. W.O. zu behandeln, Art. 85. 98[10]. (20. Jan. 71. M. I. 68.)

Art. 86.

Ausländische Proteste.

116. Das Wort Form in diesem Art. ist nicht strikt zu verstehen. „In gewissem Betracht ist auch die Art und Zeit der regreßsichernden Handlungen darunter zu verstehen. Das Gesetz des Zahlungsortes entscheidet über die Tagesstunden, die Feier- oder Festtage, an welchen ein Protest nicht erhoben werden kann. Bestehen am Zahlungsort Respekttage, so müssen die auswärtigen Regreßpflichtigen auch diese anerkennen. (21. Febr. 71. M. I. 81; St. I. 42; C. I. S. 49.)

117. „Eine Präsumtion für die Legalität ausländischer Protesturkunden ist freilich in dieser Allgemeinheit nicht begründet, vielmehr liegt im Zweifel-

fallen dem Richter die Prüfung der Gesetzmäßigkeit der Urkunde nach dem Recht des betr. Landes oder Ortes ob. Indeß darf doch angenommen werden, daß eine äußerlich unverdächtige Urkunde in der That von der als aufnehmendem Notar bezeichneten Person herrühre, auch wenn deren Identität und Qualifikation der diplomatischen Beglaubigung entbehrt." (20. Jan. 71. M. I. 68; St. III. S. 303); C. I. 72.)

118. „Die Echtheit der äußerlich durchaus unverdächtigen, sogar mit dem Amtssiegel versehenen Protesturkunde des Londoner öffentlichen Notars J. N., dessen amtliche Eigenschaft Bekl. nicht einmal in Abrede gestellt hat, muß dem allgemeinen Bestreiten gegenüber für feststehend und hinsichtlich der darin bezeugten Thatsachen die Protesturkunde für beweiskräftig erachtet werden." (19. Sept. 71. M. III. 26; St. III. 63.)

Art. 88.

Erfordernisse des Protestes.

119. a) Die dem Protest inserirte Abschrift des Wechsels enthält nicht die auf der Vorderseite desselben befindlichen Vermerke: „25174 p. d. 21. Aug. 1870. Ratibor 2497." — Unerheblich. „Es bedarf nicht der Copirung von solchen Vermerken auf dem Wechsel, die zu der Frage nach der Identität desselben und nach den Rechtsverhältnissen in keiner Beziehung stehen. Hierzu gehören Abdrücke von Firmenstempeln, Seitenzahlen u. dgl., überhaupt alle Zeichen und Aufschriften, welche von Inhabern des protestirten Wechsels lediglich im Interesse des eigenen Geschäftsbetriebes beigefügt sind."

b) Die Protesturkunde ergiebt, daß die Protestirung an dem im Domizilvermerk genannten Orte stattgefunden hat. Es fehlt aber die Bezeichnung der Räumlichkeit, wo die Protesterhebung vorgenommen worden. Hierin liegt kein Verstoß, weder gegen 88⁴ noch 91. Nach Art. 88⁴ ist erforderlich „die Angabe des Orts, — an welchem die Aufforderung geschehen oder ohne Erfolg versucht worden ist." Diesem Erforderniß ist hier genügt, wenn unter dem „Orte" nur das Dorf oder die Stadt u. s. w., wo der Akt vorgenommen worden, verstanden wird? In wiefern Art. 91 eine nähere Bezeichnung der Lokalität fordert, kann im vorl. Fall dahin gestellt bleiben, da der App.-Richter mit Recht angenommen hat, daß der Protestat mit der vom Notar getroffenen Wahl der Lokalität einverstanden gewesen ist und da der Art. 91 ein solches Einverständniß ausdrücklich für maßgebend erklärt. (6. Dez. 70. M. I. 39; St. I. 17; C. I. 37.)

Art. 88, 91.

Protestirung mehrerer Wechsel in einer Urkunde. Protest gegen die Erben.

120. a) Eine Protesturkunde genügt, wenn mehrere Wechsel gleichzeitig protestirt werden. (Dies ist auch bisher stets angenommen worden, zweifelhaft war nur, ob bei mehreren gleichlautenden Wechseln eine Abschrift in der Protesturkunde genüge. — Thöl, W.R. S. 288; Archiv für W.R. Bd.

7 S. 242; Bd. 9 S. 77; Renaud S. 119; Hoffmann, Erläuterung der W.O. S. 626 ff.)

b) Gesetzlich ist über den Ort der Präsentation nichts bestimmt, wenn der Acceptant oder der Aussteller eines eigenen Wechsels vor der Präsentation verstorben ist. Jedenfalls genügt die Aufnahme des Protestes in dem früheren Geschäftslokal des Verstorbenen, in Ermangelung eines solchen in der Sterbewohnung." — Es kann aber auch den Erben gegenüber gültig protestirt werden. (21. April 71. M. II. 51. St. II. 8; C. I. S. 279.)

Art. 96, 100.

Präjudizirter Wechsel als Schuldschein.

121. Erk. vom 9. März 72. — C. II. 28.

Art. 99.

Eigener domizilirter Wechsel.

122. Ein Wechsel, dessen Ausstellungsort Dorfchemnitz ist, lautet: „Ende März 1867 zahle ich für diesen meinen Blankowechsel an den Seifensiedermeister K. in Freiberg die Summe von ꝛc." Dies ist kein Domizilwechsel. Die Worte „in Freiberg" bedeuten bloß den Wohnort des Remittenten, um als Domizil zu gelten, müßte deutlich erhellen, daß Fr. als Zahlungsort verabredet war. — Selbst wenn man den Wechsel als domizilirten ansehen wollte, würde es eines Protestes zur Erhaltung des Wechselrechts gegen den Aussteller nicht bedürfen, da kein Domiziliat im Wechsel benannt ist. (12. Apr. 72. M. V. 88.)

Art. 100.

Verjährung des trockenen Wechsels.

123. Bei Berechnung der Verjährungsfrist nach diesem Art. ist der Tag der Fälligkeit nicht mitzuzählen. (7. Nov. 71. M. III. 86; St. IV. 39.)

124. Bei Zustellung der Klage (aus drei trockenen Wechseln gegen den Aussteller) war die dreijährige Verjährung bereits abgelaufen. Es frägt sich, ob der Anfang dieser Verjährung durch den Vertrag vom 17. August 1866 eine Aenderung erlitten hat. „In diesem Vertrage hat Bekl. dem R. 1558 Fl. in zwei Terminen, wovon der erste am 1. August 67 fällig wurde, zu zahlen versprochen, R. auf seine Wechselforderung verzichtet; für den Fall der Nichteinhaltung auch nur eines der Termine sollte aber der Verzicht aufgehoben sein und R. seine ursprünglichen Wechselansprüche wieder geltend machen dürfen. Klägerin (Wittwe des R.) meint nun, daß, da sie nach diesem Vertrage vor dem 1. Aug. aus den fr. Wechseln nicht habe klagen können, die dreijährige Verjährung auch erst vom 1. Aug. 67 an laufen könne (agere non valenti non currit praescriptio). Allein diese Argumentation ist hin-

fällig, weil durch jene Bestimmung des Vertrags vom 17. August 66 dem Verkl. nur eine Zahlungsfrist gewährt, der Verfalltag des Wechsels, welchen Art. 100 als Anfangspunkt der Verjährung bezeichnet, aber nicht geändert worden ist. Eine Unterbrechung der Verjährung durch die in jenem Vertrag enthaltenen Anerkenntnisse konnte aber nach Art. 80 der W.O. nicht erfolgen." (13. Januar 72. M. IV. 76.)

125. Nicht verjährt sind die bereits ausgeklagten und rechtskräftig festgestellten Wechselansprüche, da diese Judikatforderung der kurzen Wechselverjährung nicht unterliegt. (13. Januar 72. M IV. 76.)

Literatur.

1.

O. Stobbe: Die Auflassung des deutschen Rechts. (Aus dem Jahrb. für die Dogmatik des heutigen röm. u. deutschen Privatrechts herausg. v. Jhering, Unger, Bähr u. Wunderlich. Bd. XII H. 2 im Separatabdr. veröffentlicht.) Jena. Mauke's Verl. 1872. 8.

Vorstehende Abhandlung, in welcher eine ebenso eingehende wie übersichtliche rechtsgeschichtliche Entwickelung der Auflassung dargeboten wird, kommt zu sehr gelegener Zeit und es wird keiner Rechtfertigung bedürfen, wenn wir etwas näher auf ihren Inhalt eingehen. Eine ähnliche, das gesammte Quellenmaterial zusammenfassende und sichtende Darstellung fehlte bisher. Werthvolle Untersuchungen, wie namentlich aus früherer Zeit die Arbeiten von Albrecht[1]) und Beseler[2]), neuerdings das Werk von Laband: „Die vermögensrechtlichen Klagen nach den sächsischen Rechtsquellen des Mittelalters“ [3]) — hatten doch nur über einzelne Perioden der deutschen Rechtsgeschichte oder gar innerhalb derselben nur über einzelne Quellengebiete Aufklärung verschafft. Stobbe hat diese Lücke ergänzt, indem er nicht nur die durch seine Vorgänger gewonnenen Ergebnisse einer nochmaligen Prüfung unterzogen, sondern die Vorarbeiten auch weiter fortgeführt und vervollständigt hat. Insbesondere die Gesetzgebung der neueren Zeit seit dem Ende des Mittelalters ist vor ihm noch nie in dieser Weise dargestellt worden.

Die Mannigfaltigkeit und Vielgestaltigkeit der Entwickelung, die sich an den meisten Instituten des deutschen Rechts wahrnehmen läßt, tritt auch bei der Auflassung hervor und die öfters gemachte Erfahrung, daß es sehr bedenklich ist, aus Rechtssätzen, die sich in einzelnen Quellen ausgesprochen finden, auf das Vorhandensein eines allgemeinen deutschen Rechts zu schließen, erhält hier eine neue Bestätigung.

Man hat lange Zeit angenommen, daß das Wesen der deutschen Auflassung in der Gerichtlichkeit des Actes bestehe. Noch letzthin ist diese An-

---

[1]) Die Gewere als Grundlage des ältern deutschen Sachenrechts (1828), bes. §. 8.

[2]) Die Lehre von den Erbverträgen. Erster Theil (1835) §. 4.

[3]) Königsb. 1869 erschienen.

sicht von dem Verfasser der neuen preußischen Gesetze geäußert worden. „Freilich sollte“ — sagte derselbe von den hierher gehörigen Bestimmungen dieser Gesetze[4]) — „nicht ein Leichnam galvanisirt, nicht die künstliche Erweckung symbolischer Vorgänge, die im heutigen Recht keinen Platz mehr finden, versucht, wohl aber der Kerngedanke der alten deutschen Auflassung wieder belebt werden: Eigenthumsübertragung vermöge einer vor Gericht abgegebenen und durch dasselbe beurkundeten Willenserklärung.“

Näher betrachtet, ergiebt sich nun aber, daß wir durchaus nicht berechtigt sind, in der gerichtlichen Form der Erklärung ein wesentliches und ursprüngliches Kriterium der deutschen Auflassung zu erblicken.

Gerade für die Zeit, in welcher man ein strenges Festhalten an Formen zumeist erwarten sollte, für die Periode der Volksrechte hat dies Beseler bereits vor beinah 40 Jahren dargethan[5]) und Stobbe gelangt zu demselben Ergebniß. Nicht nur findet sich in keinem Rechtsdenkmal dieser Zeit die Vorschrift ausgesprochen, daß die Auflassung vor Gericht verlautbart werden müsse, sondern es ist auch positiv erweislich, daß die Traditionen der Grundstücke in anderer Weise (vor Zeugen, in der Kirche) erfolgten oder erfolgen durften.[6])

Das Erforderniß der Publicität wird allerdings in den ältern Quellen mehrfach aufgestellt. Traditiones ut in abscondito non fiant heißt es in einem fränkischen Capitular und ähnliche Bestimmungen werden auch anderwärts wiederholt. Wie man aber derartigen Vorschriften kein anderes als das natürlichste und nächstliegende Motiv unterschieben darf, so darf man sie auch nur in dem nächstliegenden Sinne verstehen.[7]) Dem non in abscondito war genügt, sobald die Oeffentlichkeit in irgend einer Weise gewahrt, sobald die Auflassung in einem locus publicus vorgenommen war. Dies brauchte aber nicht nothwendig der mallus publicus zu sein.

Nach der bisher herrschenden Lehre soll sich dieser Rechtszustand im Laufe der geschichtlichen Entwicklung geändert haben. In der Zwischenzeit zwischen den Volksrechten und der Entstehung der Rechtsbücher soll die gerichtliche Vollziehung und zwar im ungebotenen (echten) Ding, auf dem Wege

[4]) Förster, Preußisches Grundbuchrecht S. 72.

[5]) a. a. O. S. 38 ff.

[6]) Bereits vor Stobbe haben sich die meisten Germanisten für die Ansicht von Beseler erklärt. Zuweilen will man indeß in Betreff einzelner Volksrechte eine Ausnahme machen, so namentlich hinsichtlich des salfränkischen und des sächsischen Rechts. Stobbe hat nachgewiesen, daß die Quellen hierzu keinen Anhalt darbieten.

[7]) Man hat diese Vorschriften vielfach in Zusammenhang bringen wollen mit dem Bewußtsein von der politischen Bedeutung des Grundbesitzes, welches den germanischen Stämmen inne gewohnt haben soll. Der Grund liegt indeß kaum so tief. Propter contentiones diversas lautet das in dem obigen Kapitular, welches sich übrigens nicht nur auf Immobilien bezieht, ausdrücklich angeführte Motiv und ganz übereinstimmend heißt es im langobardischen Recht: ut nulla in posterum oriatur intentio (Stobbe S. 343). Fälle, in denen auf Grund erdichteter oder bestrittener Titel Besitzthümer in Anspruch genommen wurden, kommen in älterer Zeit bekanntlich sehr häufig vor. Wesentlich mit Rücksicht auf solche Fälle scheinen die Verbote heimlicher Vergabungen erfolgt zu sein. Die Sitte gebot ohnehin von jeher die Anwendung feierlicher Formen. — Hierbei mag bemerkt werden, daß der von Stobbe citirte Tit. 60 der L. Burg. sich nicht auf die Veräußerung von Grundstücken sondern auf letztwillige Vergabungen des ganzen Vermögens bezieht.

des Gewohnheitsrechts zu einer Bedingung für die Rechtsbeständigkeit der Auflassung geworden sein. Zum Beleg hierfür werden vorzugsweise Stellen des sächsischen Rechts citirt, insbesondere der bekannte Satz des Sachsenspiegels (I. 52 §. 1): ane echt ding ne mut nieman sin egen geven[8]. —

Auch in dieser Beschränkung ist nun aber die Lehre von der Nothwendigkeit der gerichtlichen Auflassung stark erschüttert worden, zunächst durch das oben angef. Werk von Laband[9], sodann durch eine aus seiner Anregung hervorgegangene, scharfsinnige und sorgfältig gearbeitete Inauguraldissertation von Bülowius[10].

Letzterer hat den Nachweis unternommen, daß selbst vom Standpunct des Sachsenspiegels trotz der eben mitgetheilten und anderer Stellen die gewöhnlich vorgetragene Lehre nicht zu billigen sei. In wie fern ihm dieser Nachweis geglückt ist, mag hier dahin gestellt bleiben; jedenfalls steht fest und es wird durch Stobbe von Neuem bestätigt, daß eine große Zahl, ja die Majorität der deutschen Stadtrechte die gerichtliche Erklärung der Auflassung nicht verlangen. Im Gegensatz hierzu wird in einer Reihe von wichtigen Stadtrechten, insbesondere im Magdeburger Recht, das Erforderniß allerdings aufgestellt.

Von jeher aber wurden die Auflassungen, auch wo dies nicht erforderlich war, sehr häufig in gerichtlicher Form vorgenommen. Wie Stobbe mit Recht hervorhebt, waren hierdurch dem Erwerber mannigfache Vortheile gesichert; er war so am besten gegen die Anschuldigung geschützt, daß er sich unrechtmäßig in den Besitz des Grundstückes gesetzt habe; er konnte am leichtesten den Beweis führen, daß Alles ordnungsmäßig vor sich gegangen sei u. dgl. m.

Ueber die Art, wie die gerichtliche Auflassung vorgenommen wurde, besitzen wir in den Rechtsquellen des deutschen Mittelalters anschauliche und ausführliche Nachrichten. Es ist kaum zu bezweifeln, daß die Gestalt des Actes, wie sie durch dieselben überliefert wird, in ihren Grundzügen bis in die ältesten Zeiten hinaufreicht.[11]

Indem die Interessenten die Auflassung gerichtlich erklärten, nahmen sie die Mitwirkung des Gerichts, d. h. der aus Richter und Schöffen bestehenden Gerichtsversammlung in Anspruch. Diese Mitwirkung trat in der Weise und in den Formen ein, in denen überhaupt das deutsche Gericht thätig wurde. Die Interessenten — entweder ihr eignes Wort redend oder durch ihre Vorsprecher — wendeten sich an den Richter und forderten ihn auf, die Schöffen um ein Urtheil zu befragen, ob die Auflassung zulässig, ob sie rite vollzogen sei. Das Verfahren war demnach seinem äußeren Gange nach dasselbe wie in streitigen Angelegenheiten: ein Verfahren mit ordelen. Und wie im Proceß nicht blos der schließliche Aus-

[8]) Vgl. z. B. Beseler Deutsches Privatrecht. Zweite Aufl. §. 90. Zu Note 2.

[9]) a. a. O. S. 303 ff.

[10]) Utrum ad dominium rerum immobilium transferendum secundum jus Saxonicum medii aevi resignatione solemni in judicio opus fuerit necne. Regim. 1870.

[11]) Vgl. für das Folgende namentlich Laband S. 236 ff.

gang der Sache oder die Hauptstadien durch Schöffenurtheile erledigt wurden, sondern wie sich hier die Procedur aus einer Reihe von Urtheilen zusammensetzte, so daß die Schöffen in allen, auch den gegenwärtig der Proceßleitung unterliegenden Fragen ein Urtheil fanden: ganz ebenso gestaltete sich die Verhandlung bei den Acten der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Was bei uns der richterlichen Cognition anheimfällt, die Punkte, hinsichtlich deren gegenwärtig die instrumentirende Gerichtsperson einfach das Resultat ihrer Prüfung im Protokoll zu vermerken pflegt, wurden, sofern sie überhaupt der Constatirung bedürftig erschienen, durch ein Urtheil der Schöffen festgestellt. Dahin gehört z. B. die Dispositionsfähigkeit des Veräußerers, die Nothwendigkeit oder Erläßlichkeit der Zuziehung von Erben u. dgl. m. Schließlich wurde vom Erwerber die Frage an die Schöffen gerichtet: „ob ihm die Gabe also recht und redlich gegeben sei, daß sie ihm helfend sei zu seinem Rechte."

Die Willenserklärung selbst, die in dieser Weise vor der Gerichtsversammlung verlautbart wurde, war ein feierlicher Act, dessen Solennität neben der mündlichen Rede in der Anwendung bestimmter Symbole bestand. Sie wird daher in den Quellen als ein Act bezeichnet, der „mit Hand und Mund — ore et manu" stattfindet. Ganz dasselbe gilt von der außergerichtlichen, vor Zeugen oder in der Kirche erklärten Auflassung. Auch dies war eine feierliche Handlung, bei welcher die Symbolik ebenfalls zur Geltung kam. Man darf demnach nicht daran denken, daß da, wo die gerichtliche Form nicht nothwendig war, ein unförmlicher auf nudus consensus beruhender Veräußerungsvertrag die Bedeutung der Auflassung gehabt habe.

Verschieden von der Auflassung (traditio, sala) war die vestitio, vestitura, investitura, d. h. die Einweisung des Erwerbers in den Besitz des Grundstücks, die entweder seitens des Veräußerers oder durch das Gericht vollzogen werden konnte und die wiederum von symbolischen Handlungen begleitet war. Sie hatte den Zweck, offenkundig zu machen, daß der Erwerber ungestört und ordnungsmäßig den Besitz des Grundstücks angetreten habe.

Zur Perfection der Auflassung war diese Einweisung nicht erforderlich; vielmehr übertrug die Auflassung auch ohne hinzukommende Investitur das Besitzrecht (jus possidendi) vom Veräußerer auf den Erwerber. In so weit standen sich also die gerichtliche und die außergerichtliche Auflassung in ihrer Wirkung gleich.

Eine erhöhte Wirkung der gerichtlichen Form tritt in zwei Beziehungen hervor: 1) Das auf die oben erwähnte Schlußfrage des Erwerbers ergangene vom Richter verkündete Schöffenurtheil stellte das Besitzrecht des Erwerbers in judicatmäßiger Form fest: es brachte denselben nach Laband's treffender Bemerkung in eine ähnliche Lage wie wenn er in einem Rechtsstreit ein obsiegliches Urtheil gegen den Veräußerer erlangt hätte; er konnte hiernächst ebenso wie im Falle der Execution die gerichtliche Einweisung nachsuchen und wenngleich diese letztere materiell häufig als ein Act freiwilliger Gerichtsbarkeit erscheinen mochte, so konnte sie doch auch (bei einem unbefugten Widerstreben) sehr wohl den Character „ernst gemeinter richterlicher Hilfe" [12]) annehmen. 2) Vermöge des Grundsatzes, daß Jeder der eine im Gericht voll-

[12]) Laband, S. 239.

zogene Gabe sah und hörte, ihr sofort widersprechen mußte bei dem Präjudiz des „sich Verschweigens" — erlangte die gerichtliche Auflassung auch eine Wirkung in Bezug auf dritte Personen. Evictionsansprüche aller derer, die in der betr. Gerichtsversammlung anwesend waren, wurden sofort präcludirt. Mit im Hinblick hierauf erfolgte dann zum Abschluß der gerichtlichen Verhandlung nach vorgängigem dreimaligem Aufgebot das Friedewinken des Richters, welches die vollzogene Auflassung unter den Schutz des Gerichtsfriedens stellte und jede unrechtmäßige Irrung oder Störung derselben verpönte.

Einen absoluten Schutz gewährte die gerichtliche Auslassung, wie aus dem Gesagten hervorgeht, nicht. Es konnten noch immer Ansprüche dritter Personen auf das Gut hervortreten. Die Präklusion Derjenigen, die nicht bei der Verhandlung selbst zugegen gewesen waren, trat erst ein, nachdem der Erwerber Jahr und Tag sich im ruhigen ungestörten Besitz des Grundstücks befunden hatte.[13] In dieser Präklusion „aller dem Recht des Erwerbes widerstreitender Besitzrechte" lag die materielle Bedeutung der rechten Gewere.

In Bezug auf dieses letztere für das gesammte Immobiliarsachenrecht höchst wichtige Institut verdanken wir wiederum den Untersuchungen Laband's erhebliche Aufklärungen.[14] Aus denselben ist hier ein Punkt hervorzuheben. Man hat früher angenommen, daß die Entstehung der rechten Gewere außer dem Besitz von Jahr und Tag eine rechte Ankunft erforderte, d. h. daß der Besitz des Gutes auf Grund entweder einer gerichtlichen Auflassung oder eines richterlichen Urtheils oder endlich des Erbrechts erlangt sein mußte. Laband hat nun aber nachgewiesen, daß dies nicht allgemein richtig ist. Alle die Quellen, die überhaupt keine gerichtliche Auflassung fordern, lassen auch die rechte Gewere mit der soeben angedeuteten Wirkung ohne eine solche, lediglich auf Grund des ruhigen unangefochtenen Besitzes von Jahr und Tag entstehen.

Hiernach wird die Klassifikation verständlich, in welcher Stobbe[15] die Rechtsquellen des deutschen M.A.'s zusammenstellt:

„1) Der auf die Veräußerung gerichtete bloße Vertrag bewirkt kein dingliches Recht. Der Käufer eines Grundstücks, welches ihm nicht aufgelassen, resp. in dessen Besitz er nicht gesetzt ist, wird nicht Eigenthümer.

„2) Wo die Auflassung kein Erforderniß des Erwerbs dinglicher Rechte ist, geht das Eigenthum über, wenn der Erwerber auf Grund des Rechtsgeschäfts in den Besitz der Sache gekommen ist. Gegen Ansprüche dritter Personen wird er durch den Veräußerer als seinen Gewährsmann geschützt. Befindet er sich mit Wissen dessen, welcher ein entgegenstehendes Recht zu haben behauptet, Jahr und Tag im Besitz, so hat er die rechte Gewere und kann sein Recht selbstständig vertreten.

„3) Wo aber die Auffassung oder die Eintragung in das Gerichtsbuch

[13]) Abgesehen von denen, die durch einen Fall der echten Noth gehindert waren, ihren Widerspruch binnen Jahr und Tag geltend zu machen.

[14]) S. 303 fgg.

[15]) S. 209 fgg.

Voraussetzung für den Erwerb des dinglichen Rechts ist, hat, wer bloß in den Besitz der Sache gesetzt ist, nur einen titulirten Besitz und kann nie die rechte Gewere erlangen. Entgegenstehende Ansprüche unterliegen keiner Verjährung und der Besitzer muß sich gegen dieselben durch seinen Gewährsmann vertreten lassen.

„4) Während ursprünglich rechte Gewere dann vorhanden ist, wenn sich der Erwerber Jahr und Tag hindurch im Besitz der Sache befunden hat, tritt, wo die Auflassung oder Inskription gefordert wird, allmählig die Modifikation ein, daß sie nur entsteht, wenn sich der Gegner binnen Jahr und Tag nach der Auflassung, resp. Eintragung mit seinen Ansprüchen nicht gemeldet hat."

Im Allgemeinen — auf Einzelheiten einzugehen ist hier nicht der Ort — wird dieser Klassifikation beizustimmen sein. Nur ist dabei der Vorbehalt zu machen, daß die Rechtsquellen des Mittelalters die Fragen, wann Eigenthum übergeht, wie das dingliche Recht entsteht, in dieser Formulirung überhaupt nicht aufwerfen, sondern daß sie sich damit begnügen, die Wirkungen der Auflassung oder der sonstigen Vergabungen äußerlich zu beschreiben.

In den hier angeführten Sätzen Stobbe's ist zugleich auf die Keime der Fortentwickelung hingewiesen, die bereits im mittelalterlichen Recht hervortreten, aber erst in der Folge zu vollständiger Ausbildung gelangen. Wie sich aus dem Vorstehenden ergiebt, war ursprünglich die Erlangung des Besitzes für den Erwerber von sehr großer Bedeutung, nicht nur insofern er dadurch in die Lage gesetzt wurde, die Herrschaft über das Grundstück, bezw. sein Recht an demselben thatsächlich auszuüben, sondern auch in Bezug auf den Schutz dieses Rechts gegen dritte Personen. Das ältere Recht war keineswegs so formalistisch, wie man zuweilen annimmt; es gewährte diesen Schutz erst auf Grund des längere Zeit andauernden der Rechtsübertragung entsprechenden faktischen Zustandes.

In den Gebieten der gerichtlichen Auflassung aber gewöhnte man sich mehr und mehr daran, von der Thatsache des Besitzüberganges abzusehen. Das oben erwähnte Aufgebot, durch welches ursprünglich nur die Anwesenden aufgefordert wurden, sich mit ihren Einsprüchen zu melden, richtete sich später auch an die Abwesenden. Ihre Präklusion trat ein, wenn sie von diesem Aufgebot an nicht binnen Jahr und Tag hervorgetreten waren. Es ist ersichtlich, daß in Folge hiervon der Charakter der rechten Gewere selbst und zugleich die Bedeutung der Auflassung eine Aenderung erleiden mußte.[16])

Wir dürfen diese Umwandlung in einen inneren Zusammenhang bringen mit dem Uebergewicht, welches allmählig die Schrift sowohl über die mündliche Rede wie über die symbolische Handlung erlangte. Von jeher war es Sitte, den Akt der Auflassung durch schriftliche Beurkundung zu fixiren; wie denn überhaupt von jeher der schriftlichen Aufzeichnung in den deutschen Gerichten eine sehr große Bedeutung beigemessen worden ist. Indeß war die Niederschrift doch zunächst kein Bestandtheil der Auflassung, sondern nur ein

[16]) Laband S. 319 fgg.

Mittel, um den künftigen Beweis derselben zu sichern, um das fehlbare Gedächtniß des Richters und der Schöffen bei späterer Leistung eines Gerichtszeugnisses zu unterstützen und eventuell zu ersetzen. In ganz demselben Sinn wurden auch über die Einweisungen in den Besitz der Grundstücke Urkunden aufgezeichnet.

Dieselbe Erscheinung aber, die überall, nicht blos in der deutschen Rechtsgeschichte hervortritt, wiederholte sich auch hier. Im Laufe der Zeiten stumpfte sich das Leben, welches ursprünglich in der Symbolik wie in der mündlichen Rede gewaltet hatte, mehr und mehr ab. Man behielt die alten Formen meist noch bei, allein man wurde immer mehr geneigt, sie als Nebensache, als lästiges Beiwerk zu betrachten und sich soviel als möglich von ihnen zu dispensiren. Die Hauptsache war, daß die Rechtsübertragung erklärt und durch die Beurkundung außer Zweifel gestellt wurde.

Diesem Zwecke dienten wesentlich die von den Schöffen oder den Räthen der Städte geführten Stadtbücher.[17]) Die Einzeichnung in dieselben trat immer stärker in den Vordergrund, sie galt als der eigentliche Schwerpunkt und Abschluß des Geschäfts; alle übrigen Handlungen schienen im Vergleich hierzu nur eine präparatorische Natur zu haben.

In diesem Stadium der Entwicklung befand sich das deutsche Recht beim Eindringen der fremden Rechte. Was den Einfluß derselben, auf unsere Lehre anbelangt, so läßt sich nicht bestreiten, daß in Folge der Rezeption die Grundsätze des römischen Rechts auch in Bezug auf den Eigenthumserwerb an unbeweglichen Sachen formell gemeines Recht geworden sind. In dem größten Theil von Deutschland sind dieselben indeß nicht unverändert zur Geltung gelangt, wie andererseits nur in sehr wenigen Rechtsgebieten das einheimische Recht sich intakt erhalten hat. Die Mehrzahl der Rechtsquellen zeigt eine Mischung römischer und deutscher Elemente und ihr Unterschied beruht wesentlich darauf, in welchem Grade das eine oder das andere das Uebergewicht gewonnen hat.

Wir können in dieser Hinsicht — von geringfügigen Abweichungen wiederum abgesehen — folgende Hauptgruppen unterscheiden.

Einzelne Partikularrechte haben an die Stelle der Auflassung das I n s i n u a t i o n s p r i n z i p gesetzt. Sie verlangen nicht die Erklärung der Auflassung sondern Abschluß oder Verlautbarung des Kaufes oder des sonstigen Veräußerungsvertrages vor Gericht, d. h. vor dem judex rei sitae. Daran schließt sich dann häufig das Erforderniß einer Konfirmation, welche letztere regelmäßig in der von der Behörde ertheilten Ausfertigung ausgesprochen wird. Die Motive dieser Vorschriften sind höchst verschieden; zum Theil entspringen sie rein aus fiskalischen Gesichtspunkten, zum Theil liegen ihnen allgemeinere Rücksichten auf das öffentliche Interesse zu Grunde; zum Theil endlich sind sie zum Schutz der Einzelnen gegen unangemessene leichtsinnige Veräußerungen bestimmt, also bevormundender Natur. Danach richtet sich das verschiedene Maaß der causae cognitio, welche der Bestätigung vorauf-

[17]) Ueber die Kompetenzkonflikte zwischen Schöffen und Rath, bei denen es wesentlich auf die Gebühren hinaus lief, vergl. S t o b b e S. 182 fgg.; m e i n Stendaler Urtheilsbuch S. 2.

geht. Danach richten sich zum Theil auch die verschiedenen Folgen, welche an die unterlassene Insinuation geknüpft sind. Einzelne Rechtsquellen begnügen sich damit, die Unterlassung mit einer Strafe zu bedrohen; andere erklären den nicht insinuirten Vertrag überhaupt nicht für bindend, so daß jedem Theil jederzeit das Rücktrittsrecht zusteht, noch andere gewähren die Befugniß zum Rücktritt nur, sofern der Zurücktretende sich gewissen Vermögensnachtheilen unterwerfen will oder so lange der Vertrag nicht beiderseits (durch Zahlung des Kaufgeldes und durch Uebergabe der Sache) vollzogen ist.

Verschieden ist aber auch die Wirkung, welche der Insinuation in Bezug auf den Uebergang des dinglichen Rechts beigemessen wird. Meist ist sie bloß eine Form des Vertrages, so daß es zum Erwerb des Eigenthums neben ihr noch entweder der römisch-rechtlichen Tradition oder der deutschrechtlichen Auflassung bedarf. Zuweilen aber verbindet sich mit der Konfirmation oder Protokollirung des Vertrages unmittelbar die Folge des Eigenthumsüberganges.

Die Gesetzgebungen, die auf diesem letzteren Standpunkt stehen, bilden den Uebergang zu derjenigen Gruppe von Rechtsquellen, welche das Princip der Auflassung beibehalten haben, nach denen also die gerichtliche Mitwirkung nicht für den Veräußerungsvertrag sondern für die Erklärung des Eigenthumsüberganges erforderlich ist. Innerhalb derselben finden ebenfalls mannigfache Verschiedenheiten statt. Die öffentlichen Bücher sind in verschiedener Weise eingerichtet; die Formen des alten Rechts sind neben der Eintragung in größerem oder geringerem Umfange konservirt, das uns preußischen Juristen genügend bekannte Legalitätsprinzip kommt mehr oder weniger zur Geltung; auch eine Zwangspflicht zur Eintragung ist bisweilen ausgesprochen u. m. dgl. Die meisten Gesetzgebungen endlich haben neben dem auf der Auflassung beruhenden Bucheigenthum dem nach Maßgabe des römischen Rechts begründeten Eigenthum einen gewissen Spielraum eingeräumt.

Gerade dieser letztere Punct ist für uns vorzugsweise von Interesse. Es ergiebt sich, daß die neuerdings so viel besprochene „Duplicität des Eigenthums“ keineswegs eine specifische Eigenthümlichkeit des Allg. Preuß. Landrechts gebildet. Verhältnißmäßig wenige Rechtsquellen hielten — wie das Hamburger Recht — streng daran fest, nur den im Buch eingetragenen Eigenthümer gelten zu lassen. Eine Abweichung von der strengen Consequenz liegt schon darin, daß einzelne Gesetzgebungen dem 30 oder 40 Jahre andauernden Besitz die Wirkung der erwerbenden Verjährung beimessen, auf Grund deren entweder unmittelbar das Eigenthum oder doch ein Titel zur Eintragung erlangt wird. Andere Particularrechte erkennen den, dem auf Grund eines giltigen Verfahrens tradirt ist, Dritten gegenüber als Eigenthümer an; er braucht nur demjenigen zu weichen, „der ohne von der erfolgten Uebertragung etwas zu wissen, vom Veräußerer durch einen formellen Act das Eigenthum erworben hat“. Noch weiter ging das frühere sächsische Recht, welches auf Grund einer Decision v. J. 1746 geradezu ein neben einander bestehendes doppeltes Eigenthum annahm und das durch die Publiciana geschützte dominium naturale vom dominium civile (Bucheigenthum) unterschied.

Wie nahe diese Auffassung der des preuß. Landrechts steht, braucht hier nicht ausgeführt zu werden. Letzteres stellt die Bedeutung des aus dem Hypothekenbuch hervorgehenden formalen Eigenthums bekanntlich dahin fest, daß

dasselbe die Legitimation zu Verfügungen über das Grundstück (wenn auch nicht zu solchen, die einer Besitzübertragung bedürfen) gewährt. In wesentlicher Uebereinstimmung hiermit stehen das württembergische und das badische Landrecht.

Die neueste Gesetzgebung hat das formalistische Princip stärker hervorgekehrt. Eine große Zahl von Gesetzen hat die Tradition für einflußlos erklärt und läßt das Eigenthum im Falle einer freiwilligen Veräußerung auf Grund gerichtlicher Erklärung übergehen. Die preußischen Gesetze vom 5. Mai 1872 stehen also ebenso wenig wie das bisherige Recht vereinzelt da, sondern sie sind nur dem allgemeinen Zuge der geschichtlichen Entwicklung gefolgt.

Stobbe bemerkt sehr richtig, daß diese neueste Phase unserer Gesetzgebung nicht eigentlich eine Rückkehr zu älteren deutschrechtlichen Grundsätzen enthält, sondern daß sie nur die eine, im deutschen Recht vorhandene, dem Römischen Recht fremde Richtung bevorzugt. In diesem Sinne werden auch die Eingangs angeführten Worte von Förster zu bestätigen sein.

Auf die Verschiedenheiten der neuesten Gesetzgebungen selbst einzugehen, ist hier nicht der Ort. Durchgreifende prinzipielle Gegensätze treten innerhalb derselben, trotz mancher Verschiedenheiten im Einzelnen, nicht hervor, so daß einer Rechtseinigung sachliche Bedenken kaum entgegenstehen dürften.

Von dem reichen Material, welches in der obigen Abhandlung verarbeitet ist, konnten hier nur Andeutungen gegeben werden. Alle diejenigen, welche sich mit dem Gegenstande, sei es in rechtsgeschichtlichem, sei es in practischem Interesse zu beschäftigen haben, werden mit uns dem Verfasser für seine Darstellung lebhaften Dank wissen.[18])

Behrend.

14.

Das lübeckische Erbrecht nach dem Gesetze vom 10. Februar 1862. Von Dr. C. Plitt, Advokat und Notar. Zweite stark vermehrte und verbesserte Auflage. Wismar, Rostock und Ludwigslust. Hinstorff'sche Hofbuchhandlung. 1872. 168 S.

In der jetzigen Zeit, wo das Streben nach einem einheitlichen deutschen Civilrechte seiner Erfüllung sich stark zu nähern scheint, muß ein ernster legislatorischer Versuch, auf einem der schwierigsten Rechtsgebiete, dem des Erbrechts, thatsächlich ein einfaches nationales Gesetzgebäude zu errichten, das größte Interesse erregen. Gerade in dieser Beziehung, und nicht bloß behufs der Ordnung der Rechtsmaterie in dem lokal beschränkten Kreise von Lübeck, verdient das seit 10 Jahren in bewährter Anwendung geltende lübeckische Gesetz vom 10. Februar 1862 betreffend das Erbrecht weit über die engen

[18]) Erst nachdem diese Besprechung erschienen und zum Druck gegeben war, ist Heuslers Gewere erschienen oder doch mir zugegangen. In diesem Werk wird auch das Institut der Auflassung besprochen. Ich behalte mir vor, auf dasselbe anderweit zurück zu kommen.

Grenzen seiner praktischen Wirksamkeit hinaus im höchsten Grade eine eingehende Beachtung. Das Gesetz enthält einen äußerst gelungenen Versuch, die Intestaterbfolge und das testamentarische Erbrecht für Lübeck aus sehr komplizirten und zweifelhaften Rechtsverhältnissen heraus nach möglichst einfachen, verständlichen und natürlichen Grundsätzen zu ordnen. In dem knappen Raum von 31 kurzen Artikeln sind die wesentlichen Grundsätze über das Intestatrecht der Eheleute und der Verwandten, über Testamentserrichtung, Pflichttheil und Kollation in einer so glücklichen Weise aufgestellt, daß im Ganzen der Germanist wie der Romanist, sich juristisch befriedigt finden kann, daß selbst dem Laien ihre Bestimmungen und ihre Anwendbarkeit natürlich und leicht verständlich erscheinen müssen und daß das geschaffene Recht ein nationales deutsches, unserm Volksbewußtsein und unsern wirthschaftlichen und sittlichen Zuständen entsprechendes ist. Nur in wenigen Einzeln-Bestimmungen möchte man daran noch reformiren; so darf eine Ehefrau nur mit Genehmigung des Ehemannes testiren, Art. 21; ein Rest des revid. lübischen Stadtrechts, welches die Frauen überhaupt zu letztwilligen Verfügungen für unfähig erklärte. Im Wesentlichen aber würde das Lübecker Gesetz eine gediegene Grundlage für das Erbrecht eines einheitlichen deutschen Privatrechts bilden können.

Das lübische Erb- und Familienrecht hat von jeher einen weit greifenden Einfluß auf die Rechtsbildung in Deutschland gehabt. Es galt im Mittelalter im größten Theile der deutschen Ostseeländer; und es gilt noch in einer großen Anzahl pommerscher, mecklenburgischer, holsteinscher, schleswigscher Städte. Im vorigen Jahrhundert, als man im ehelichen Güterrechte des lübischen Rechts eine Gütergemeinschaft der Eheleute noch zu sehen glaubte, wurde sogar die irrthümliche Lehre von der lübischen sog. Gütergemeinschaft als Grundlage benutzt, um daraus die Theorie des preußischen Landrechts über die Gütergemeinschaft unter Eheleuten zu entwickeln. Freilich ist darin jene Quelle oft schwer wieder zu erkennen. Indeß die Redaktoren des preuß. Landrechts sagen selbst in der Anmerkung zum §. 237 Th. I. Abth. 1 Tit. 1 des Allg. Ges.-Buchs: man hat jetzt nöthig gefunden, die allgemeine Theorie dieser wichtigen Lehre (über die Gemeinschaft der Güter unter Eheleuten) beosnders auf dem Grunde des lübischen Rechts auseinander zu setzen und Bestimmungen einzuführen, wodurch die .... Prozesse verhütet werden können." Siewert. Materialien H. 1 S. 52 Nr. 28. — Die Lübecker Gesetzgeber der Jetztzeit halten den legislatorischen Ruf Lübecks in tüchtigster Weise aufrecht. —

Das oben angezeigte Werk des Dr. Plitt enthält außer dem Gesetze vom 10. Febr. 1862 in Vorbemerkungen und Anmerkungen eine anschauliche Darlegung des Verhältnisses des Rechts zu dem bisherigen. Bereits nach 2 Jahren ist eine neue Auflage dieses Kommentars nöthig geworden; ein Beweis, wie sehr das Werk dem Bedürfnisse entspricht. In der That ist das Buch einerseits für den Praktiker äußerst brauchbar, indem er für eine Menge von Fragen die leitenden Rechtsgrundsätze treffend und mit einer, für den praktischen Gebrauch wohlthuenden Kürze hervorhebt. Es ist andererseits auch für den Theoretiker von großem Interesse, indem es überall an die geschichtliche Entwicklung des ältern und neuern lübischen Rechts anknüpfend aus dem historischen und wissenschaftlichen Zusammenhange die Bedeutung

und Tragweite der neuern gesetzgeberischen Bestimmungen in Lübeck und ihr Verhältniß zu den verwandten Rechtsgebieten, sowie zu den sonstigen Geltungsbezirken lübischen Rechts und zum gemeinen Recht auseinandersetzt. — Schon in der Anzeige der ersten Auflage des Werks (Bd. 4 1870 S. 300, 301 dieser Zeitschrift) hatte ich darauf aufmerksam gemacht, daß namentlich für die praktische Anwendung des lübischen Rechts in Pommern das Werk des Dr. Plitt äußerst lehrreich ist.

Die Brauchbarkeit des Werks ist in der 2. Auflage, welche mit Recht als eine stark vermehrte und verbesserte bezeichnet ist, bedeutend erhöht. Insbesondere sind die Bereicherungen anzuerkennen, welche Theorie und Praxis durch die umfassende Benutzung und Mittheilung gerichtlicher Entscheidungen der Gerichte zu Lübeck, sowie der Ober-Apell.-Gerichte zu Rostock, Oldenburg, Kiel und des Ober-Tribunals zu Berlin gewinnen. Dabei zeigt sich in den Bemerkungen des Verfassers gründliche Benutzung der Literatur bis zur neuesten Zeit. Die Beifügung eines genauen Registers erleichtert ebenfalls den praktischen Gebrauch.

v. Wilmowski.

Druck von Eduard Weinberg in Berlin Beuthstraße 4.

Alphabetisches Register
zum sechsten Bande.



